

Estudios		
	La creciente necesidad de legislación contra las amenazas cibernéticas, fuentes de graves daños transnacionales <i>The growing need for legislation against cyber threats, sources of serious transnational harm</i> CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	10
	Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional privado) <i>International Agreements Regulated by European Directives (Private International Law)</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	47
	The interplay of data, consumer and Private International law rules in the area of collective access to justice in the European Union <i>La interacción entre las normas de protección de datos, de defensa de las personas consumidoras y de Derecho internacional privado en el ámbito del acceso colectivo a la justicia en la Unión Europea</i> DIEGO AGULLÓ AGULLÓ	71
	El proceso monitorio europeo: ¿Un proceso ágil y económico para la reclamación de créditos no impugnados transfronterizos? <i>The European order for payment procedure: Is it an agile and economical process for claiming uncontested cross-border credits?</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	92
	Jornada y tiempo de descanso en la jurisprudencia del TJUE <i>Working time and rest time in the jurisprudence of the CJEU</i> MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	166
	La regulación del derecho a la protección de datos en los Estados Unidos: hacia un RGPD norteamericano <i>The regulation of data protection law in the United States: towards an American GDPR</i> MOISÉS BARRIO ANDRÉS	186
	Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea <i>Law applicable to divorce and party autonomy in European private international law</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ	194

<p>La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil <i>The Application of the Foral Successory Law to Foreigners: Back with the Civil Neighborhood</i> ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ</p>	262
<p>El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores <i>The legal framework of Directive (EU) 2020/1828 in relation to the judicial protection of the collective interests of consumers</i> ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ</p>	275
<p>Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios de intermediación en la era del metaverso <i>The EU legal obligations of very large platforms providing digital services in the age of metaverse</i> JONATÁN CRUZ ÁNGELES</p>	294
<p>En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz <i>In Search of a Workable Concept of “Undertaking” in Competition Law: ECJ’s Sumal v. Mercedes Benz</i> FERNANDO DÍEZ ESTELLA</p>	319
<p>Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: Propuestas de futuro <i>The impact of Law 8/2021 on Navarre’s inheritance law: Proposals for the future</i> M^a ÁNGELES EGUSQUIZA</p>	348
<p>La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles <i>The evolution of the Case-Law of the European Court of Human Rights in the foster care and the right to maintain the family tight with the biological parents: The Norwegian cases and two Spanish cases</i> MARÍA ELÓSEGUI</p>	375
<p>La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad <i>Mediation in civil and commercial matters in Spain: From voluntary to mandatory</i> JORGE FELIU REY</p>	407
<p>La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española <i>Business due diligence and Human Rights: Towards a Spanish Law</i> CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA</p>	427
<p>El arbitraje como foro de resolución de controversias en los contenciosos relacionados con el cambio climático <i>Arbitration as a forum for dispute resolution and climate change disputes</i> ANA FERNÁNDEZ PÉREZ</p>	456
<p>La imposición de derechos compensatorios en el marco de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio: Cuestiones de especial interés sobre la especificidad de jure ante las subvenciones europeas en materia agrícola <i>The imposition of Countervailing Duties in the Framework of the Agreements of the World Trade Organization: Issues of Special Interest on the de jure Specificity in front of European Subsidies in Agricultural Matters</i> DAVID GARCÍA GUERRERO</p>	493

El Derecho internacional frente a los riesgos de la Inteligencia Artificial (IA) en la investigación embrionaria humana <i>International Law against the risks of Artificial Intelligence (AI) in human embryonic research</i> DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ	512
Regulación jurídica internacional de los mercados financieros <i>International legal regulation of financial markets</i> AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	533
La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos <i>The non-judicial divorces in the European Union and its impact on European Regulations</i> PILAR JIMÉNEZ BLANCO	555
La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso <i>The adoption of support measures for people with disabilities: the voluntary jurisdiction and the contentious procedure</i> RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ	580
Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro <i>Instruments on Human Rights due diligence: Genesis, evolution and future perspectives</i> CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO	605
El Derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad <i>The right to acquire and change Spanish nationality by foreign persons with disabilities</i> ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA	643
El principio de autonomía y el arbitraje de inversión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de Polonia c. PL Holdings* <i>The Principle of Autonomy and Investment Arbitration before the Court of Justice of the European Union: Poland v. PL Holdings</i> FRANCISCO PASCUAL-VIVES	669
El principio full damages rule y la delimitación del quantum respondatur por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos <i>The full damages rule principle and the limitation of the quantum respondatur for the contribution to the creditor's damage in modern contract Law</i> JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ CABECERA	694
La Unión Europea como actor internacional en materia de ciberseguridad <i>The European Union as an international actor in cybersecurity</i> JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ	712
Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain <i>Cryptoassets: Legal categorization of cryptoassets and introduction to the technology DLT/Blockchain</i> ROBERT REINHART SCHULLER	737
La compleja inclusión de los pescadores en el control del tiempo de trabajo <i>Fishermen and control of their working time: A difficult challenge</i> ISABEL RIBES MORENO	770
Aplicación del foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103, sobre régimen económico matrimonial, cuando el proceso de divorcio finalizó hace tiempo. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 7 de octubre de 2021 <i>Application of the forum of accumulation of article 5 of Regulation 2016/1103, on matrimonial property regimes, when the divorce proceedings were finalised some time ago. On the judgment of the Provincial Court of Orense of 7 October 2021</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	790

La batalla de los formularios en la contratación internacional <i>The battle of the forms in international contracts</i> MIGUEL SENLLE CARIDE	804
El Derecho europeo de la competencia ante los «acuerdos de sostenibilidad» <i>European Competition Law in the face of «sustainability agreements»</i> FERNANDO DE LA VEGA GARCÍA	825
La realidad profesional de “Compliance” y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano <i>The professional reality of “Compliance” and some aspects of their legal relationship: Spanish and Italian Law</i> JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES	851
Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja <i>Spanish courts and Private international law: A problematic relationship</i> ALFONSO YBARRA BORES	871
La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual <i>The judgment in the Intel case or how Competition law does not respond to the current reality</i> AITOR ZURIMENDI ISLA	900
<hr/>	
Varia	
Control de oficio de la competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del Derecho extranjero. A propósito de la sentencia n.º 1402/2021 de la Audiencia Provincial de Málaga (sección sexta) <i>Ex officio control of international jurisdiction, determination of the applicable law to the matrimonial property regime and realization of the scope and burden of proof of foreign law. For the purpose of judgement no. 1402/2021 of the Málaga Provincial Court (sixth section)</i> LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS	916
Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2021 <i>Chronicle of international labor jurisprudence 2021</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	927
Bibliografía de Derecho internacional privado (2021) <i>Private international law bibliography (2021)</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	954
Técnicas de enseñanza del Derecho internacional privado <i>Teaching techniques and Private International Law</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1020
La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 <i>Adoptive parentage, legal means for surrogacy: Regarding the Judgement of the Supreme Court of 31st March 2022</i> MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	1034
La gestación por sustitución caso por caso: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021 <i>Case by case in surrogacy: Regarding to the Judgement of the Islas Baleares Provincial Court of 27th April 2021</i> MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	1053
¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY <i>Is nationality a discriminatory criterion in determining international jurisdiction in marital crises? Regarding the STJUE of February 10, 2022, case C-522/20, OE and VY</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	1069

No hay comunidad de bienes si la Ley inglesa regula el régimen económico matrimonial del causante y no se ha acreditado la existencia del pacto entre los cónyuges <i>There is no community of property if the English law regulates the marriage economic regime of the causer and the existence of the agreement between the spouses has not been proven</i> DIANA GLUHAIA	1075
Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-Ship del TJUE (asunto C-700/20) <i>Prestige and European arbitration: about the Judgment London Steam-Ship of the CJEU (case C-700/20)</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	1088
Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: La compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado <i>Habitual residence of the child in a parental responsibility case: The complex concretisation of an indeterminate legal concept</i> SAIOA GOYENCHE ECHEVERRÍA	1100
Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021 <i>International divorce and maintenance: Comment on the judgment of the High Court of 17 February 2021</i> MÓNICA GUZMÁN ZAPATER	1108
Aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 («Bruselas I bis») a un contrato de trabajo no ejecutado: la STJUE de 25 de febrero de 2021 (c-804/19) <i>Applicability of Regulation 1215/2012 («Brussels i bis») to an unexecuted employment contract: ECJ 25 February 2021 (c-804/2019)</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	1117
El «cerco» comunitario a la potestad de los Estados miembros en materia de nacionalidad: La STJUE de 18 de enero de 2022 <i>The community «siege» to the nationality jurisdiction of member states: the ECJ judgement of 18 January 2022</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	1126
Gruppi di società e giurisdizione nell'ambito del private enforcement del Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea <i>Groups of companies and jurisdiction in the context of the private enforcement of Competition Law of the European Union</i> SILVIA MARINO	1137
La consideración del lugar de la infracción en la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujo o modelo comunitario, a propósito de la STJUE de 3 de marzo de 2022, Acacia y BMW, C-421/20 <i>The role of place of infringement in the applicable law to claims relating to an action for infringement of a Community design. Commentary to the CJEU Resolution of 3rd March 2022, Acacia and BMW, C-421/20</i> ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ	1151
Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Perú <i>Recognition of foreign divorce Judgments in Peru</i> LUZ MONGE-TALAVERA	1160
La determinación de la competencia judicial internacional en compraventa internacional. ¿Consumidor o no consumidor? He ahí la clave <i>The determination of international jurisdiction in international sales and purchases. Consumer or non-consumer? That is the key</i> CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES	1178

La falta de notificación del certificado previsto en el artículo 53 del Reglamento Bruselas I bis como motivo de denegación de la ejecución <i>The lack of service of the certificate established in article 53 of the Brussels I bis Regulation as a ground for refusal of enforcement</i> JAVIER PÉREZ FONT	1191
Sumisión tácita, control de la competencia y compabilidad entre instrumentos jurídicos en litigios de compensación a pasajeros por cancelación de vuelo contra aerolíneas: Comentario sobre el auto C- 9/2022 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de la Coruña <i>Submission by appearance, examination as to jurisdiction and compatibility among legal instruments in compensation claims for cancellation of the flight to passengers against air companies: Comments on the court order C 9/2022 of the Spanish Commercial Court sec. 9 of la Coruña</i> DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTIN	1199
El control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera y la exigencia del certificado de idoneidad: Una cuestión de seguridad jurídica <i>The control of the validity of an adoption constituted by a foreign authority and the requirement of a declaration of suitability: A question of legal security</i> MARÍA JESUS SÁNCHEZ CANO	1213
La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo <i>The freedom of movement of persons in accordance with the new family models. A view from the Pancharevo sentence</i> MARÍA JESUS SÁNCHEZ CANO	1223
Ainda a gestaço de substituiçao na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos <i>Still the surrogacy in the jurisprudence of the European Court of Human Rights</i> ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES	1234
A case study of international notarization cooperation in private international law: a notarized power of attorney signed by a French citizen to accept a real estate gift <i>Estudio sobre un caso de cooperación notarial internacional en materia de derecho internacional privado: poder notarial firmado (en China) por un ciudadano francés para aceptar una donación de inmueble</i> MR. ZHENG ZHANG / MR. YONG CAI	1241

Congresos

VIII Congreso internacional dirigido por la profesora Juliana Rodríguez

Some comments related to the international child abduction as regulated by the Council Regulation (EU) no. 1111/2019 and the Romanian Case Law <i>Algunos comentarios relacionados con la sustracción internacional de menores según lo regulado por el Reglamento (UE) n.º 1111/2019 del Consejo y la jurisprudencia rumana</i> NADIA-CERASELA ANIȚEI / CRISTIAN MAREȘ	1252
Panorámica y evaluación de la articulación en el ordenamiento jurídico español de las novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2019/1111 en los procesos de restitución de menores <i>Panoramic and Evaluation on the Articulation of the Innovations Introduced by the Regulation (EU) 2019/1111 Concerning Child Return Procedures in the Spanish Legal System</i> ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS	1266
El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y de 1996 <i>The Regulation (CE) 2019/1111: Main novelties and the interaction with the Hague Convention of 1980 and 1996</i> MONTSERRAT GUZMÁN PECES	1293

	Una reinterpretación del Convenio de la Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres <i>A reinterpretation of the Hague child abduction convention to protect children from exposure to sexism, misogyny and violence against women</i> ILARIA PRETELLI	1310
<hr/>		
Recensiones	ALFONSO YBARRA BORES. <i>La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España</i> Isabel Antón Juárez	1339
	MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ. <i>Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones</i> Javier Carrascosa González	1342
	MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO y JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA (directores). <i>La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica</i> Javier Carrascosa González	1344
	ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ. <i>La relación laboral internacional</i> David Carrizo Aguado	1346
	PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO. <i>Derecho Privado de Internet</i> María Victoria Cuartero Rubio	1349
	INMACULADA VIVAS TESÓN. <i>Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos</i> Isabel Espín Alba	1352
	I. CARACCIOLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, y P. GARGIULO (directores). <i>Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte</i> Ana Cristina Gallego Hernández	1355
	E. RODRIGUEZ PINEAU / E. TORRALBA MENDIOLA (dirs). <i>La protección de las transmisiones de datos transfronterizas</i> Aurelio López-Tarruella Martínez	1358
	EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA / JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA (Coords.) <i>Tratado de Derecho Digital</i> Carlos Llorente Gómez De Segura	1361
	N. C. RODRIGUES (Editor). <i>Extraterritoriality of EU Economic Law: The Application of EU Economic Law Outside the Territory of the EU</i> Nicole Rinaldi De Barcellos	1378

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III de Madrid

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Universidad de Extremadura

CELIA MARIA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, Universidad Nacional de Educación a Distancia

ILARIA PRETELLI, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO TIRADO MARTÍ, Secretario General de UNIDROIT

FRANCESCA C. VILLATA, Università Degli Studi di Milano

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid

STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano

JÜRGEN BASEDOW, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo

CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia

M^a PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia

ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

PIETRO FRANZINA, Universidad de Ferrara

ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid

HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de la DGRN

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia

PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo

ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg

FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens

MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT

HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln

SILVIA MARINO, Università degli Studi dell'Insubria, Italia

DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina

PIERALBERTO MENGOZZI, Universidad de Bolonia,

RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra

JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid

DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa

HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París

JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana

JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid

LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid

LUIZ DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa

CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

MARTA REQUEJO ISIDRO, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law

GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid

MARCOS SACRISTÁN REPRESA, Universidad de Valladolid

FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara

ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO, Universidad de Valladolid

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Universidad de La Rioja

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, Universidad de Sevilla

ÁNGEL GARCÍA VIDAL, Universidad de Santiago de Compostela

NATIVIDAD GOÑI URRIZA, Universidad Pública de Navarra

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Cantabria

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Universidad de Sevilla

FRANCEZCO SEATZU, Università degli studi di Cagliari

ESTUDIOS

La creciente necesidad de legislación contra las amenazas cibernéticas, fuentes de graves daños transnacionales*

The growing need for legislation against cyber threats, sources of serious transnational harm

*A María de los Ángeles, mi mujer,
porque sin ella ni este (el último trabajo...)
ni ningún otro, tampoco,
de los muchos cuya publicación he conseguido
a lo largo de estos años hubiera visto la luz.*

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 03.05.2022 / Aceptado: 23.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7169

Resumen: Las amenazas cibernéticas son una creciente fuente de preocupación. Y más aún lo es la práctica actual de los ciberataques. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, conscientes del problema, han iniciado la adopción de medidas normativas que buscan una mejor protección contra los diversos tipos de ataques cibernéticos. Entre dichas medidas, se baraja incluso la adopción de contramedidas o represalias contra los autores de dichos ataques.

Palabras clave: Amenazas cibernéticas, Congreso de los Estados Unidos, contramedidas como respuesta a ciberataques, infraestructuras críticas, Manual de Tallinn 2.0, Senado de los Estados Unidos, Unión Europea.

Abstract: Cyber threats are a growing source of concern. And even more so is the current practice of cyber attacks. Both the United States and the European Union, aware of the problem, have begun to adopt regulatory measures that seek better protection against the various types of cyber attacks. Among these measures, even the adoption of countermeasures or retaliation against the perpetrators of such attacks is considered.

Keywords: Cyber threats, United States Congress, countermeasures in response to cyber attacks, critical infrastructure, Tallinn Manual 2.0, United States Senate, European Union.

Sumario: I. Las amenazas cibernéticas en la práctica actual. 1. Los tipos de actividades cibernéticas contra la sociedad civil más relevantes. 2. Actividades cibernéticas maliciosas contra Estados o sus intereses. 3. Algunos ejemplos de la práctica internacional relativos al desarrollo malicioso de actividades cibernéticas. II. La importancia de proteger “las infraestructuras críticas”. III.

* Esta publicación es resultado del Proyecto de I+D+i en el marco de los programas estatales 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, convocatoria 2020, Proyecto PID2020-112577RB-I00 (“La búsqueda de una regulación internacional para las actividades cibernéticas, ¿una ineludible necesidad?”), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

La búsqueda internacional de respuestas normativas a esta realidad. 1. Estados Unidos de América. 2. La Unión Europea. 3. Particular referencia a nuestro país, España. IV. Las contramedidas, como instrumento de defensa. 1. Algunos supuestos de la práctica. 2. Las contramedidas que regula el Derecho Internacional de la Responsabilidad ¿son aplicables en caso de ciberataques? 2.1. El Derecho Internacional de la Responsabilidad. 2.2. El Manual de Tallinn 2.0.

I. Las amenazas cibernéticas en la práctica actual

1. Actividades cibernéticas maliciosas contra la sociedad civil

1. Hoy en día los dispositivos electrónicos forman parte importante de nuestras vidas y nos cuesta imaginar que podamos prescindir de ellos.

Esta dependencia explica, en buena parte al menos, el por qué los estudios y, después, las profesiones en seguridad cibernética están creciendo tanto. Los puestos de trabajo en seguridad de la información, el desarrollo webs y la llamada arquitectura de redes han subido en torno a un 25% en los últimos 5 años

Claro que también han aumentado los ataques (...).

2. El Mando Conjunto del Ciberespacio es el de más reciente creación dentro del ejército español, pero cada vez cobra más relevancia, porque a medida que avanzan las nuevas tecnologías, también lo hacen, sí, los ciberataques¹. Si algo nos ha enseñado la pandemia que sufrimos es que la amenaza más peligrosa, a veces invisible, puede, por sus consecuencias, paralizar, íntegramente, un país. Esto sucede, precisamente, con los ciberataques.

Fuentes del Mando Conjunto del Ciberespacio alertan de que España es el tercer país del mundo que sufre más ciberataques. Estos proceden de organizaciones criminales (asociadas o no a un Estado) cada vez más profesionalizadas, siendo muy difícil atribuir su autoría.

Pero, ¿quién puede sufrir un ciberataque? Desde una centrifugadora nuclear, hasta el GPS de un barco o el sistema informático de un hospital del que pueden depender cientos de vida. Según la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el ciberespacio ya es el quinto dominio de operaciones militares, y, como tal, debemos estar preparados para hacer frente a los conflictos que se libran en él y desde él.

Y para eso hay que entrenarse. Del mismo modo que los soldados del Ejército de Tierra ensayan sus operaciones en campos de maniobras, o los marinos en una fragata, los efectivos del Mando Conjunto del Ciberespacio lo hacen en simulacros virtuales. Hay dos ejercicios claves cada año, uno a nivel nacional y otro internacional organizado por la OTAN; el *Cyber Coalition*, es el ejercicio de ciberdefensa colectiva insignia de esta Organización. Viene realizándose desde 2008 (con la participación de España), tratándose de un ejercicio con tres objetivos clave:

- Ejercer los mecanismos existentes para la interacción entre la OTAN, sus aliados y socios, a fin de mejorar la colaboración en el ámbito del ciberespacio.
- Perfeccionar la capacidad de la Alianza para realizar operaciones en el ciberespacio, por medio de entidades civiles y militares, mediante el intercambio de inteligencia de este ámbito y la gestión de incidentes cibernéticos.
- Y proporcionar información que desvele posibles brechas de seguridad, requisitos de capacitación y validar procedimientos en desarrollo para apoyar el buen funcionamiento de la guerra cibernética.

Los escenarios de 2021 incluyeron un ciberataque a las tuberías de suministro de gas de un país ficticio; otro, que interrumpía el despliegue de tropas y la logística; y un ataque de *ransomware* (vid. *nfra* nota 9) relacionado con una pandemia, en el que se robaban datos de vacunas y se ponían en peligro los programas de vacunación.

¹ M.SENOVILLA, "El Mando Conjunto del Ciberespacio ha contenido más de 600 ataques peligrosos para la defensa de España en el último año", 26 de enero de 2022 (<https://atalayar.com>)

Escenarios, éstos, menos ficticios de lo que cabría imaginar. Recuérdese el ciberataque masivo sufrido por Ucrania no hace mucho tiempo que inhabilitó los sitios web de su Ministerio de Asuntos Exteriores, además de lanzar un mensaje con el fin de desatar el pánico de los ciudadanos (por si el estar inmersos en la escalada de tensión ante los movimientos de Rusia, no fuera bastante...). Escribirlo precisamente en estos días, no pocos ya, desde la invasión de Ucrania por tropas rusas (un jueves, 24 de febrero de 2022), puede resultar irónico (...).

3. Comprender las amenazas cibernéticas resulta indispensable para defendernos de ellas. Pensemos un poco en los desafíos más relevantes, también, sin duda, los más corrientes o elementales, en este ámbito.

La mayoría de los usuarios no son conscientes de los riesgos que existen al utilizar su teléfono inteligente o su tablet en redes sociales como WhatsApp, Facebook, Twitter (...), instalarse cada dos por tres aplicaciones de entretenimiento, “bajarse” aplicaciones bancarias, “visitar” webs de pornografía o realizar descargas piratas de películas, música o juegos que, muchas veces, van acompañados de *malware* (código maligno) que se alojará en sus dispositivos.

Los *malwares* ralentizan la velocidad de la máquina, roban su información o atacan infraestructuras relevantes para la vida de un país. A través del *malware*, los *hackers* controlan ordenadores, teléfonos o *tablets* de los usuarios y vigilan sus movimientos para, entre otros fines, descubrir las contraseñas que han introducido. Pero eso es lo menos dañino, ya que en el peor de los casos se alojan en las “máquinas” “virus” que graban lo que el usuario hace y toman el control de su ordenador para cometer delitos económicos o atacar redes y sitios web; esta configuración es conocida red de *bots*. Lo peor de todo es que existe una amplia posibilidad de que el cibernauta contamine a sus conocidos y contactos con su correo. Diseminar *malware* en sitios de redes sociales es algo que está creciendo a un ritmo alarmante; y es que aunque aquellos cuentan con sistemas para minimizar los riesgos, los creadores de *malware* también tienen mucha práctica y una más que demostrada mala fe.

Una forma común para obtener el control de la información personal de los clientes es a través de delitos informáticos como el *phishing*. Mediante esta técnica, los ciberdelincuentes crean un correo que parece generado por una empresa legítima. En él, se solicita información personal del destinatario del correo (su número de cuenta o clave de acceso, por ejemplo) para, luego, utilizar los datos obtenidos para cometer delitos económicos, obtener tarjetas de crédito fraudulentas a nombre de un consumidor o, en fin, generar gastos importantes que, naturalmente, deberá pagar el afectado. Fraudes de este tipo tienen éxito en no pocas ocasiones, ya que en ellos se emplean técnicas de ingeniería social para ganarse la confianza del usuario.

Cuando contratamos un servicio de línea telefónica o acceso a Internet para la casa, acude normalmente un técnico quien deja el dispositivo funcionando y le pone una clave de acceso antes de retirarse. Sin embargo, hoy existen herramientas gratuitas que cualquiera puede bajar de Internet y sirven para “romper” claves sencillas. Si usted está en alguno de estos supuestos, se podrá entrar en su red personal y observar toda la información que pasen por el tubo de comunicación; y si usted suele consultar su saldo o hacer compras o realizar operaciones en el banco por Internet, existe una alta posibilidad de que albergue en su casa un inquilino indeseable que utilizará toda esa información para hacerse con su dinero.

Los accesos en parques públicos, quioscos y aeropuertos son de lo más vulnerable que se puede imaginar. Para el *hacker*, un aeropuerto es el cuerno de la abundancia: puede encontrar ejecutivos, empresarios o personas con tarjetas de crédito accediendo a sus bancos, comprando por Internet o abriendo sus cuentas de correo... Los ordenadores en los cibercafé son una posible trampa si un *hacker* deja instalado un *spyware* en los dispositivos instalados. Y lo mismo ocurre cuando te conectas a una red desconocida: en apariencia encontrar una conexión gratis es una suerte, pero todas las conexiones inalámbricas que existen tienen su lado oscuro (...).

4. Este recorrido elemental por las principales técnicas cibernéticas “maliciosas” pretende dejar claro, desde el principio, las eventuales consecuencias de su utilización.

El lector podrá imaginarse mejor, así, el panorama que generaría su empleo contra determinadas infraestructuras de un Estado. Volveré sobre ello enseguida.

2. Actividades cibernéticas maliciosas contra Estados o sus intereses

5. Pero las actividades maliciosas o ilícitas, como las comentadas *supra* (párrafo 3), que se llevan a cabo en el ciberespacio, no solo tienen que ver con la comisión de delitos contra las personas (y sus bienes) que habitan un país, esto es, la cibercriminalidad², sino que pueden desarrollarse en el plano genuinamente internacional, en el de las relaciones entre Estados soberanos o, más ampliamente, entre sujetos del Derecho internacional.

6. Así, esas actividades cibernéticas pueden utilizarse por un Estado (o un grupo privado incluso) para espiar a otro Estado o sujeto de Derecho internacional.

“El ciberespionaje es un método relativamente económico y rápido y con menos riesgo que el espionaje tradicional, dada la dificultad de atribución de la autoría”³.

7. Asimismo, se percibe en la actualidad una tendencia creciente de las denominadas amenazas híbridas. Esto es, en palabras de la Estrategia española de Ciberseguridad de 2019:

“acciones coordinadas y sincronizadas dirigidas a atacar de manera deliberada las vulnerabilidades sistémicas de los Estados democráticos y sus instituciones, por medio de una amplia gama de medios, tales como acciones militares tradicionales, ciberataques, operaciones de manipulación de la información o elementos de presión económica”⁴

8. Los grupos terroristas tratan de aprovechar las características del ciberespacio para cometer ciberataques o llevar a cabo actividades de radicalización de individuos y colectivos, financiación, divulgación de técnicas e instrumentos para la comisión de atentados, y de reclutamiento, adiestramiento o propaganda⁵.

9. Íntimamente relacionadas con ello están las amenazas contra las infraestructuras críticas del Estado, con la posibilidad de causar un colapso a través de las redes y mediante una caída en cadena de los servicios esenciales⁶.

Volveré sobre esta cuestión después (párrafos 22-23 y 36-37).

3. Algunos ejemplos de la práctica internacional relativos al desarrollo malicioso de actividades cibernéticas

A) En los Estados Unidos

10. El proveedor informático *SolarWinds* hizo público, en diciembre de 2020, „que sus sistemas sufrieron un ataque manual altamente sofisticado a la cadena de suministros de su *software* Orion“. Un ciberataque „extremadamente dirigido“ que habría sido obra de “un Estado nacional externo”.

No es un objetivo sin importancia, precisamente, pues entre los clientes de *SolarWinds* se encuentran la mayoría de grandes empresas de los Estados Unidos, además de organizaciones gubernamentales.

² La Estrategia española en este tema, distingue, en función del hecho punible en sí (de la autoría, de su motivación o de los daños infligidos) tres clases de cibercrimenes: ciberterrorismo, cibercrimen y hacktivismo (*Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019*, Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, Gobierno de España, 2019, pp. 1-136, p. 25).

³ *Ibidem*, p. 25.

⁴ *Ibidem*. Como, en un caso de la práctica actual, la guerra en Ucrania (*vid. ad ex.* CUBEIRO CABELLO, E., “El ciberespacio en la guerra de Ucrania”, *Documento de Opinión* (Instituto Español de Estudios Estratégicos, IEEEE), 32/2022, 4 de abril de 2022, pp. 1-14,

⁵ *Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019*, *op. cit.* (nota 2 *supra*), p. 26.

⁶ *Ibidem*.

mentales como la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), las fuerzas aéreas o el Pentágono.

Fuentes del *Washington Post* apuntaron a Rusia como origen del ciberataque.

El sistema Orion es una herramienta de monitorización y administración de redes, utilizado por muchas grandes empresas. Se cree que, en la actualización del mes de marzo (2020), se habría introducido una “puerta trasera”, comprometiendo la herramienta Orion y de paso toda la infraestructura de las empresas que lo utilizan.

Por parte de *Microsoft* también se confirmó el ataque a Orion. La compañía creía que:

“se trata de una actividad de Estado-nación a una escala significativa, dirigida tanto al gobierno como al sector privado”⁷.

11. El operador del oleoducto *Colonial Pipeline*⁸, que se extiende desde Texas hasta Nueva Jersey, cerrado tras sufrir un ataque cibernético de *ransomware*⁹, declaraba, el 10 de mayo de 2021, que esperaba reiniciar la mayoría de sus operaciones en unos días.

Colonial Pipeline detuvo los envíos al parecer como medida de precaución para evitar que los piratas informáticos adoptasen medidas adicionales, vga. apagar o dañar el sistema.

El ataque, realizado según la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) por un grupo de crimen organizado llamado *DarkSide*, puso de manifiesto la vulnerabilidad del sistema de energía estadounidense.

Este oleoducto tiene su sede en Alpharetta (Georgia) y es uno de los más extensos de Estados Unidos. Puede transportar alrededor de 3 millones de barriles de combustible al día a través de 8.850 kilómetros, de Houston a Nueva York. Da servicio a la mayoría de los Estados del Sur y tiene ramificaciones en la costa Atlántica, hasta Tennessee. Es crítico, en particular, para el funcionamiento de muchos aeropuertos del este de Estados Unidos.

En la actualidad, el oleoducto *Colonial*, que es privado, pertenece a Royal Dutch Shell, Koch Industries y varias firmas de inversión extranjeras y estadounidenses.

12. *Netwalker* es un tipo de *ransomware* que se dio a conocer en septiembre de 2019, aunque ganó notoriedad en marzo de 2020, cuando no pocos Estados comenzaron a decretar confinamientos por el Covid-19¹⁰.

Este *ransomware*, cuya creación se atribuye al grupo ruso *Circus Spider*, y tras lo que aparentemente fueron ensayos para probar su eficacia, pasó a funcionar como un *ransomware as a service* (RaaS), en el que el grupo desarrollador del *malware* ofrecía, a través de la *dark web*, un sistema de afiliación para utilizarlo y propagarlo entre diferentes objetivos, a cambio de quedarse con un porcentaje del rescate.

Para afiliarse a *NetWalker*, y además de tener las capacidades que exigían sus creadores, debían cumplirse otra tipo de reglas (por ejemplo, no atacar organizaciones ubicadas en Rusia o en la Comunidad de Estados Independientes¹¹; debiéndose devolver, asimismo, los archivos robados a las víctimas, una vez pagado el rescate).

⁷ E.PÉREZ, “Un sofisticado ciberataque contra *SolarWinds* enciende las alarmas: el proveedor del Pentágono y decenas de grandes compañías ha sido comprometido”, 14 de diciembre 2020 (<https://www.kataka.com>).

⁸ C.KRAUSS, “Ciberataque al oleoducto Colonial Pipeline: esto sabemos” 11 de mayo de 2021, (<https://www.nytimes.com/es/2021/05/11/espanol/colonial-pipeline-ransomware.html>).

⁹ Un *ransomware*, del inglés *ransom*, ‘rescate’, y *ware*, acortamiento de *software*, o “secuestro de datos” en español, es un tipo de programa dañino que restringe el acceso a determinadas partes o archivos del sistema operativo infectado y pide un rescate a cambio de quitar esta restricción.

¹⁰ H. RAMÍREZ, “NetWalker, el *ransomware* que se aprovechó del Covid-19 para atacar centros educativos y de salud”, 26 de julio de 2021 (<https://www.protecciondatos-lopd.com>).

¹¹ “Organización internacional subregional surgida tras la disolución de la Unión Soviética con la finalidad de preservar los lazos políticos y económicos entre varias repúblicas exsoviéticas y contribuir a la realización de la democracia, la protección de los derechos humanos y la transición hacia la economía de mercado. Se creó en diciembre de 1991 mediante los acuerdos de Minsk y Alma-Ata, completados con la Carta de la CEI de 22 de enero de 1993. Algunos de sus Estados miembros han constituido agrupaciones subregionales dentro de la CEI” (“Comunidad de Estados Independientes”, *Diario panhispánico del español jurídico*, <https://dpej.rae.es>)

Como otras modalidades de *malware*, *NetWalker* se distribuye por correo electrónico, mediante campañas masivas de *emails* fraudulentos, que en muchos casos lleva archivos adjuntos con supuesta información sobre el Covid-19.

Una vez ha infectado un equipo, *NetWalker* puede propagarse con relativa facilidad a otros conectados a la misma red de Windows en la que esté el equipo infectado originalmente.

Los primeros ataques de *NetWalker* se centraron en usuarios particulares, con demandas de rescates no muy elevadas (si las comparamos a las que se piden cuando el objetivo es una gran empresa), pero a partir de marzo-abril de 2020, los objetivos de este tipo de cibercriminales cambiaron, pasando a ser atacados objetivos mayores, a los que podían demandarse cantidades muy superiores de dinero.

Entre estos objetivos nuevos, empresas privadas, hospitales, organismos públicos y centros educativos. Una vez en la red pretendida, sus autores cifran los archivos y envían la carta de rescate para exigir una cantidad de dinero determinada a cambio de la clave de descifrado.

El *ransomware NetWalker* ha sido uno de los más activos y de los que ha sabido aprovechar mejor las carencias en materia de ciberseguridad en momentos álgidos de la pandemia. Algunas de las organizaciones atacadas por *NetWalker* fueron:

- El sistema de salud *Crozer-Keystone* de Filadelfia (cuatro hospitales y varios centros de salud) sufrió un ciberataque de este tipo a mediados de junio de 2020.
- El Hospital Universitario de Brno, en la República Checa, fue atacado en marzo de 2020, retrasando los resultados de las pruebas de Covid que se procesaban allí.
- En España varios hospitales fueron víctimas de *NetWalker*, también en marzo de 2020.
- La Universidad Estatal de Michigan, la Universidad de Columbia en Chicago o la de California en San Francisco resultaron, igualmente, quedaron afectadas por este *ransomware*.
- La ciudad austriaca de Weiz fue, asimismo, uno de los objetivos de *NetWalker* en mayo de 2020, que logró introducirse en la red pública de la ciudad.
- La Dirección Nacional de Migraciones de Argentina fue, asimismo, atacada por *NetWalker* en septiembre de 2020, lo que obligó a desconectarla de la red durante un tiempo, para frenar la propagación del virus.

Como buena noticia, el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en colaboración con autoridades búlgaras, anunció el inicio de acciones para detener este *ransomware*, identificar y procesar a sus autores y recuperar los pagos de las víctimas. El Departamento de Justicia, en efecto, hizo pública formalmente¹² una acción coercitiva coordinada con base en el Derecho internacional, para poner fin (*disrupt*) al *NetWalker ransomware*¹³.

En marzo de 2021, se habría producido una primera detención; la de un ciudadano canadiense acusado de haber ganado 27,6 millones de dólares con ciberataques de *NetWalker*.

13. La conocida compañía estadounidense *Microsoft Exchange* advirtió a miles de sus clientes, en agosto de 2021, algunas de las empresas más grandes del mundo, que un grupo de ciberdelincuentes había podido acceder a sus cuentas y contarían, probablemente, con la capacidad de leer, cambiar o incluso eliminar sus principales bases de datos¹⁴. La vulnerabilidad se localizó, tal y como se desprende de la copia de un correo electrónico y de la opinión de un investigador de seguridad cibernética, en la base de datos insignia Cosmos DB de Microsoft Azure, de lo que se hizo eco la agencia Reuters.

Un equipo de investigación de la empresa de ciberseguridad *Wiz* descubrió que podía acceder a las claves que controlan el acceso a las bases de datos de miles de empresas, según explicó Ami Luttwak, Directora de Tecnología de *Wiz*.

¹² *The United States Department of Justice*, January 27, 2021.

¹³ J.PANETTIERI, "U.S. Cybersecurity Strategy: President Biden Executive Orders, Legislation, Leaders and More", pp.1-4, p. 2 (<https://www.msspalert.com/cybersecurity-markets/americas>).

¹⁴ C.FERRER-BOMSOMS CRUZ, "Microsoft avisa a miles de clientes de su nube de que sus bases de datos están expuestas por un grave fallo de seguridad", 27 de agosto de 2021, (<https://www.businessinsider.es>)

La compañía de Redmond no puede cambiar las claves de sus clientes, por lo que envió un correo electrónico a los afectados indicándoles, para evitarse problemas, que debían crear nuevas contraseñas.

La Directora de Tecnología de *Wiz* hizo, asimismo, público que los clientes que no recibieron ningún correo de Microsoft también habían podido verse afectados, por lo que les recomendaba, igualmente, el cambio de contraseñas.

14. Y en el ámbito de las infraestructuras críticas, también la Autoridad Metropolitana de Transporte (MTA) de Nueva York fue objeto de ataques, en abril de 2021, a sus sistemas informáticos¹⁵.

B) En la Unión Europea

15. Diversos Estados miembros de la Unión y algunas de sus instituciones han sido blanco de actividades informáticas malintencionadas en los últimos años.

Más aún, los ciberataques contra sectores críticos en Europa se duplicaron en 2021, con la expansión de la digitalización que generó la pandemia, y teniendo su origen la mayoría de ellos (como en tantos otros casos) en Rusia.

Aunque desde las instituciones de la Unión Europea se tomaron medidas para minimizar sus efectos, el conflicto armado en Ucrania no ha hecho más que intensificar la ciber guerra e incitar a los ciberdelincuentes. Solo en 2020 (aún no hay datos oficiales ciertos de 2021), se gestionaron un total de 133.155 incidentes de ciberseguridad desde el Instituto Nacional de Ciberseguridad (Incibe)¹⁶.

16. Así, la Agencia Europea del Medicamento (EMA), que denunció, el miércoles 16 de diciembre de 2020, haber sido objeto de un „ciberataque“, informaba de la apertura „inmediata de una investigación“ en colaboración con la policía holandesa, puesto que su sede se encuentra en Ámsterdam desde 2019, cuando entró en vigor el Brexit¹⁷. En una breve nota, la Agencia rechazó compartir „detalles adicionales mientras la investigación esté en curso“ y no informó de si este incidente había afectado o no a la revisión (en marcha desde una semana atrás) de las autorizaciones de comercialización condicional de las vacunas de la Covid-19 desarrollados por las farmacéuticas Pfizer/ BioNTech y Moderna.

La directora de la EMA, Emer Cooke, se dirigió el jueves 17 de diciembre de 2020 al Parlamento Europeo en Bruselas, para responder a las preguntas de los eurodiputados sobre el proceso de revisión de las licencias de uso de las vacunas más avanzadas, pues se esperaba diese su respaldo (como a la postre ocurriera) a la de Pfizer/BioNTech antes del 29 de diciembre de 2020 y a la de Moderna sobre el 12 de enero de 2021¹⁸.

17. Un ataque informático general, que afectó a todas sus oficinas del territorio nacional, obligó al Servicio Público Estatal de Empleo (SEPE, el antiguo INEM) a suspender su actividad en toda España y aplazar todas las citas del día.

Según confirmaron fuentes del SEPE, el virus que afectó a su sistema fue de la familia *ransomware*.

Los ordenadores de la plantilla fueron apagados desde primera hora de la mañana, en que se detectó el ciberataque, como medida de seguridad.

¹⁵ G.SANDS, “Los senadores presentan un proyecto de ley cibernética para exigir la presentación de informes sobre ataques tipo *ransomware* y ataques a la infraestructura crítica”, 29 de septiembre de 2021, pp. 1-7, pp. 2-4 (<https://www.cnnspanol.cnn.com>).

¹⁶ A.GARROTE, “Los bancos y las energéticas, las nuevas víctimas de los ciberdelincuentes”, *La Razón*, sábado 5 de marzo de 2022 (<https://www.larazon.es>)

¹⁷ La Agencia Europea del Medicamento tuvo su sede en Londres hasta 2019, pero cuando el Reino Unido confirmó su decisión de abandonar la Unión Europea, la Agencia trasladó su oficina central a Ámsterdam, desde donde representa a las autoridades nacionales de medicina de los Estados miembros e informa directamente a la Comisión Europea.

¹⁸ P.DEJONG, “La Agencia Europea del Medicamento sufre un ciberataque, a punto de aprobar la vacuna de la COVID-19”, 10 de diciembre de 2020 (<https://es.euronews.com>)

El sindicato de empleados públicos Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) informó de que el virus había paralizado la actividad de las 710 oficinas del SEPE que prestan servicio presencial y de las 52 que lo hace telemáticamente. Y añadió:

“Los responsables informáticos del SEPE están intentando identificar por dónde ha entrado este virus (*ransomware*), que afectó tanto a los ordenadores de los puestos de trabajo como a los portátiles de la plantilla que se encontraba teletrabajando, con el fin de restablecer los servicios lo antes posible”¹⁹.

18. En Suecia, por lo demás, y como consecuencia de ciberataques contra empresas de Estados Unidos, alrededor de 500 supermercados Coop pudieron comprobar cómo, por ejemplo, las cajas registradoras y de autoservicio dejaron de funcionar²⁰. El ciberataque se habría perpetrado contra el *software* Kaseya. Los piratas informáticos reclamarían entre 50.000 y 5 millones de dólares según el volumen de la empresa. Coop no utiliza Kaseya directamente en sus sistemas, sino que lo hace uno de sus proveedores de *software*.

Los ciberinvestigadores afirmaron que unas 200 empresas se vieron afectadas por este “colosal” ataque de *ransomware*, que principalmente se dio en Estados Unidos. La empresa informática Kaseya con sede en Florida, cree que la banda de *ransomware* REvil, vinculada a Rusia, fue la responsable.

La Oficina Federal de Investigación (FBI) ya había acusado a esta banda de un hackeo en mayo, ciberataque, éste, que paralizó las operaciones de JBS, el mayor proveedor de carne del mundo²¹

19. Los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea registraron en 2020 nada menos que 198 ciberataques contra instituciones públicas, convirtiendo al sector público en el más afectado por las ciberamenazas, según recoge el informe publicado sobre la aplicación de la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea.

El estudio señala que la frecuencia y el nivel de sofisticación de los ciberataques ha aumentado y tiene como objetivo infraestructuras sensibles para la Unión, como administraciones públicas sanitarias durante la emergencia del coronavirus, además de empresas del sector privado.

Sólo desde el mes de julio (2021), la Unión Europea ha registrado ataques a gran escala contra empresas e instituciones en, al menos, 6 de sus Estados miembro. Los principales afectaron a una cadena de supermercados en Suecia, bases de datos del Gobierno de Estonia, o la Oficina Federal de Estadística de Alemania.

Además, en plena crisis por el coronavirus, los *hackers* atacaron el sistema administrativo de la región de Lazio en Italia, que paralizó la cita de vacunación unos días, o la web para obtener el certificado de vacunación en Países Bajos. Otro ataque de tipo *ransomware* obligó a un hospital en Bélgica a cancelar todas las consultas programadas.

En este contexto, la Unión Europea ha llevado la cuestión de la seguridad en el entorno digital a foros como el G7 y G20 y, en el marco del diálogo bilateral con Estados Unidos, se ha creado un grupo dedicado a la seguridad y competitividad tecnológica²².

20. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) denunció, en enero de 2022, la violación de los datos personales e información confidencial de 515.000 personas, altamente vulnerables, en varios países. Los datos proceden de sesenta sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Luna Roja, que opera en los países de confesión musulmana.

¹⁹ A.SIERRA/ A.OLCESE, “Un ataque informático obliga al SEPE a suspender su actividad en toda España”, publicado el 9 de marzo de 2021 (<https://www.voxpopuli.com>)

²⁰ J.C.DE SANTOS PASCUAL, “Cientos de supermercados paralizados en Suecia por el ataque informático a Kaseya en EEUU”, 4 de julio de 2021 (<https://es.euronews.com>)

²¹ JBS S.A., empresa de alimentación brasileña, es actualmente el mayor frigorífico de Latinoamérica. Se fundó en 1953, opera en casi 150 países y emplea a más de 125.000 personas. Con 6 décadas de historia, la JBS es actualmente la mayor productora de proteínas del mundo.

²² EUROPA PRESS, “Los Gobiernos de la UE detectaron 198 ciberataques contra administraciones públicas el año pasado”, 8 de diciembre de 2021 (<http://www.europapress.com>)

Uno de los paquetes de información pirateada es el denominado “Restaurando los lazos familiares”, que busca reunir a miembros de una misma familia separados por guerras, migración y desastres.

Debido al ciberataque, el Comité Internacional de la Cruz Roja se vió obligado a “apagar” los sistemas informáticos y dejar de operar este programa de ayuda ²³.

21. La Unión Europea se ha mostrado particularmente sensible al uso de la informática contra los hospitales. Tan es así que la Comisión contratará, a lo largo de este año y hasta 2023, 121 profesionales para combatir la ola de ciberataques que se ha extendido durante la pandemia, y que ha tenido entre sus objetivos a hospitales de todo el mundo

Así lo ha hecho saber la Comisión Europea en su respuesta a una pregunta de la eurodiputada española Maite Pagazaurtundúa, del partido Renovar Europa. En la misma, se interrogaba a la Unión sobre las medidas que estaba tomando para repeler ciberataques como el sufrido, en España, por el Servicio Público Estatal de Empleo (*supra* párrafo 17):

Vemos la multiplicación de ataques cibernéticos al sector de la salud: cibercriminales y servicios de inteligencia de medio mundo dirigen la mayor parte de sus operaciones de secuestro virtual (*ransomware*) y desinformación contra el sector de la salud, concretamente lugares estratégicos en la lucha contra la COVID-19, atacando desde instituciones como la Agencia Europea de Medicamentos hasta laboratorios como el de Moderna u hospitales para pedir rescate ¿Qué planes tiene la Comisión Europea para mejorar las capacidades de la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, que cuenta con solo sesenta y cinco trabajadores? (cuestionó la eurodiputada española).

La respuesta corrió a cargo del comisario francés Thierry Breton:

La Comisión sabe que los ciberataques han aumentado tanto en términos de número como de complejidad. La pandemia de COVID-19 ha dado lugar a un incremento sin precedentes del teletrabajo y de los servicios ofrecidos en línea. La pandemia ha servido a menudo para facilitar ataques, algo que, en momentos difíciles como estos, puede suponer una especial presión sobre nuestros sistemas sanitarios.

El político francés explicó qué se haría para combatir los ciberataques:

“A este respecto, la Comisión cree urgente revisar la Directiva sobre la seguridad de las redes y sistemas de información (...) en consonancia con su reciente propuesta, dentro de su planteamiento global reforzado sobre ciberseguridad presentado en el paquete de medidas sobre ciberseguridad el 16 de diciembre de 2020. Si se adopta, la propuesta de la Comisión reforzará los requisitos de seguridad con una lista de medidas específicas y racionalizará los procesos, el contenido y el calendario de la notificación de incidentes”.

Breton concluyó así:

“ENISA, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, está contratando, para cubrir los puestos ya previstos en el Reglamento de Ciberseguridad, un total de 121 personas (79 agentes temporales, 30 agentes contractuales y 12 expertos nacionales en comisión de servicio) de aquí a 2023. Además, la propuesta de la Comisión de revisión de la Directiva SRI prevé tareas y recursos para cinco equivalentes a tiempo completo adicionales”.

En 2020, coincidiendo con los primeros meses de la pandemia, INTERPOL detectó un considerable incremento de los ciberataques. Los cibercriminales aprovecharon el despliegue de infraestructuras de telecomunicaciones por parte de las empresas para el trabajo a distancia. De enero a abril de ese año, uno de los socios de INTERPOL, del sector privado, detectó 907.000 correos basura, 737 incidentes de tipo *malware*, y 48 000 URL maliciosas, todos ellos relacionados con la pandemia²⁴

²³ F.COFRINI, “Ciberataque de envergadura contra el Comité Internacional de la Cruz Roja”, 25 de enero de 2022 (<http://es.euronews.com>).

²⁴ M.SIERRA, “La Unión Europea contratará un ‘escuadrón’ para combatir los ciberataques a hospitales”, 8 de febrero de 2022 (<https://www.voxpopuli.com>)

II. La importancia de proteger “las infraestructuras críticas”

22. Hoy en día, una de las fortalezas de las sociedades de Occidente constituye, simultáneamente, su debilidad, en la medida en que este tipo de sociedades, desarrolladas y altamente tecnificadas, dependen de una serie de servicios esenciales, sin los que no podrían subsistir; como el sistema de transportes, el agua, la electricidad, las telecomunicaciones (...). Por este motivo, hace unos años se acuñó el término *infraestructura crítica* para referirse a la prestación de estos servicios básicos imprescindibles, y, consecuentemente, a la necesidad de su especial protección.

A partir del 11 de septiembre de 2001, cambió el escenario de la seguridad mundial. Se configuró un panorama en el que la destrucción o alteración de ciertos objetivos podrían afectar a la vida y el bienestar tanto de los ciudadanos como de los Estados.

- A) En el caso de los Estados Unidos, y tras el 11-S (2001), se reaccionó con la creación del Departamento de Seguridad Interior y una nueva y amplia regulación de esta materia.
- B) A nivel europeo, la iniciativa surgió a raíz del 11-M (2004). Tras instar el Consejo Europeo a la Comisión a elaborar una estrategia global sobre protección de las infraestructuras críticas, ésta adoptó una comunicación sobre protección de las mismas en la lucha contra el terrorismo, con propuestas para mejorar la prevención y respuesta de la Unión frente a los atentados terroristas.

Posteriormente, se elaboró una Directiva sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección (Directiva 2008/114/CE²⁵, que entró en vigor el 12 de enero de 2009). La Directiva establece, entre otras cosas, que la responsabilidad principal y última de proteger las infraestructuras críticas corresponde a los Estados miembros y a los operadores de las mismas, e insta a los Estados que integran la Unión a trasponer las disposiciones de la Directiva en los respectivos Derechos internos.

- C) España, debido al terrorismo interior, se adelantó, de algún modo, a la Unión en la materia. Así, contamos (lo veremos enseguida) con una normativa, con rango de ley, que delimita las responsabilidades y obligaciones de los diferentes agentes implicados en la protección de las infraestructuras críticas a nivel nacional²⁶.

23. La protección de las infraestructuras críticas, dada su importancia y las consecuencias que un ciberataque contra ellas puede desencadenar, resulta vital en todo Estado moderno, exigiendo nuevas tecnologías y aún nuevas formas de pensar²⁷. Y ello me lleva a reflexiones como las que siguen.

La pandemia ha puesto de relieve la importancia de crear una fuerza de trabajo capaz de gestionar el estallido de una crisis en las infraestructuras críticas. Tras un importante ataque cibernético, los países tendrán que depender de fuerza laboral capacitada en materia de seguridad cibernética, para mitigarla, mantener niveles de ciber resiliencia aceptables y garantizar el bienestar de la población.

El sector de las infraestructuras críticas tiende a ser interdependiente. Un ataque o interrupción de una de ellas puede generar una caída en cascada y perturbar con rapidez los elementos centrales de un país. Por eso es conveniente establecer una defensa en capas, de un lado, y, del otro, segmentar la red. Me explico:

- La defensa en capas consiste, precisamente, en crear sistemas de protección en capas; es decir, la nube, los dispositivos tecnológicos de la empresa, los *firewalls* y los correos elec-

²⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 345, 23 de diciembre de 2008, pp. 75-82.

²⁶ M.J. CARO BEJARANO, “La protección de las infraestructuras críticas”, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Documento de Análisis*, 021/2011, 27 de julio de 2011, pp. 1-7, pp. 2-3.

²⁷ M. Alderton, “Contra los ciberataques a infraestructuras críticas, nuevas tecnologías”, 7 de diciembre de 2021 (<https://redshift.autodesk.es>)

- trónicos corporativos se protegen por separado. De este modo, se robustece el sistema de seguridad de la organización en su conjunto.
- Segmentar el funcionamiento de la red, particularmente las relacionadas con las de las tecnologías de la información y las tecnologías de operaciones, resulta crucial para no ser víctima de un ciberataque. Para ello, es importante dotarse con sensores de red dentro de los sistemas informáticos internos, pues estos son los encargados de detectar movimientos sospechosos que puedan generar riesgos. Se evita, de este modo, que el sistema de seguridad de una empresa se vea afectado en su conjunto al sufrir un ataque²⁸.

III. La búsqueda internacional de respuestas normativas a esta realidad

1. Estados Unidos de America

A) Orden ejecutiva del presidente Biden

24. El presidente de los Estados Unidos, Joe Biden, firmó el miércoles 9 de febrero de 2022 una orden ejecutiva para mejorar la ciberseguridad del país²⁹, tras el ataque informático perpetrado contra el oleoducto *Colonial* (*supra* párrafo 11).

La Orden se propone servir de ejemplo para que el sector privado tome la iniciativa en el fortalecimiento de la ciberseguridad, según declaró un alto funcionario del gobierno en una rueda de prensa en La Casa Blanca³⁰.

25. La orden ejecutiva establece estándares de ciberseguridad de referencia para todo *software* que adquiera el gobierno, así como que todo *software* utilizado por el mismo cumpla con estos estándares en un plazo de 9 meses desde la fecha de adopción de la Orden³¹.

Por otro lado, el texto firmado por el presidente dispone un sistema de respuesta y detección de terminales en todo el gobierno, para ayudar a las agencias federales a compartir información sobre las amenazas cibernéticas³².

Igualmente, incluye la adopción de un “manual de estrategias” estandarizado y conforme al cual las agencias deben responder inmediatamente a los incidentes cibernéticos que se den en el futuro³³.

Y crea una Junta de Revisión de Seguridad Cibernética (*Cyber Safety Review Board*), integrada por los Departamentos de Seguridad y de Justicia, el Pentágono y, también, el sector privado³⁴.

26. La orden ejecutiva del presidente Biden marca, pues, el inicio de un proceso de modernización de la defensa cibernética de los Estados Unidos.

Y, seguramente, también el reflejo de un cambio fundamental en mentalidad de las autoridades de este país en relación con las respuestas que las actividades cibernéticas maliciosas merecen³⁵.

²⁸ Vid. G.G. Gómez Morales, “La importancia de la seguridad en las infraestructuras críticas nacionales”, 27 de mayo de 2021 (<https://www.esan.edu.pe>)

²⁹ *Executive Order on Improving the Nation’s Cybersecurity*. May 12, 2021, Presidential Actions, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room>, pp. 1-18.

³⁰ SANTIAGO, Michael M., “El oleoducto Colonial, el más importante del país, reanuda su actividad”, Madrid, 13 de febrero de 2022, <https://www.europapress.es>, pp. 1-3, p. 1.

³¹ *Executive Order on Improving the Nation’s Cybersecurity*, *op. cit.* (nota 29), Secciones 1 y 9, pp. 1 y 16.

³² *Ibidem*, Secciones 2, 7 y 8, pp. 2-4, 13-15, 15-16.

³³ *Ibidem*, Sección 6, pp. 12-13.

³⁴ *Ibidem*, Sección 5, pp. 11-12.

³⁵ *Ibidem*, Secciones 3 y 4, pp. 4-6 y 6-10.

B) Proyectos de Ley

27. El Comité de Seguridad Nacional de la Cámara de Representantes de Estados Unidos aprobó, el lunes 17 de mayo de 2021, 5 proyectos de ley bipartidistas para reforzar las capacidades de defensa contra los ciberataques dirigidos contra organizaciones e infraestructuras críticas estadounidenses:

- Proyecto de ley de mitigación de la vulnerabilidad de la ciberseguridad³⁶
- Proyecto de ley de mejora de la seguridad cibernética estatal y local³⁷.
- Proyecto de ley de ejercicio cibernético de la Agencia de Ciberseguridad y Seguridad de las Infraestructuras (CISA)³⁸.
- Proyecto de ley de seguridad de oleoductos³⁹.
- Proyecto de ley de dominios críticos para la seguridad nacional⁴⁰.

Estos proyectos de ley se presentaron como resultado directo de la supervisión efectuada por el Comité de Seguridad Nacional de los ciberataques sufridos por empresas y entidades de los Estados Unidos en los últimos dos años, incluido el ya mencionado *ransomware* que obligó a *Colonial Pipeline* a cerrar el mayor oleoducto del país; aunque *Colonial* pagó un rescate de 5 millones de dólares, ello no impidió una escasez de combustible a gran escala que afectó a varios Estados del noreste (*vid. supra* párrafos 10-14).

Además de la normativa para mejorar la seguridad de los oleoductos y gasoductos de Estados Unidos, los proyectos de ley también autorizan a la Agencia de Ciberseguridad y Seguridad de las Infraestructuras (CISA) para, entre otros cometidos, promover la realización de pruebas periódicas de preparación para los ciberataques⁴¹.

28. Más aún. Los principales senadores de la Comisión de Seguridad Nacional presentaron un proyecto de ley el martes 28 de septiembre de 2021, para exigir a las empresas de infraestructura crítica que informen al gobierno federal de todo ataque cibernético que sufran. La iniciativa exige que la mayoría de las organizaciones informen, en concreto, al gobierno si realizan pagos por ataques de *ransomware*.

Si el proyecto de ley se promulga creará el primer requisito nacional para que los dirigentes de infraestructura crítica informen cuando sus sistemas hayan sido violados.

Asimismo, el senador Chuck Schumer, líder de la mayoría demócrata en el Senado, solicitó que el presupuesto de la Agencia de Ciberseguridad e Infraestructura (CISA), del Departamento de Seguridad Nacional, se incrementase en 500 millones de dólares⁴².

Con este proyecto de ley, CISA tendrá más autoridad. Para ser precisos, la Agencia podrá citar a las entidades que no informen sobre ciberataques o pagos por *ransomware*. Y de no acatar la citación, se les podría prohibir llevar a cabo contrataciones con el gobierno federal.

No cabe duda que los esfuerzos que la actual Administración Demócrata y otros órganos estatales están haciendo en esta cuestión son muy importantes⁴³.

³⁶ 117 Congress, 1 th. session , HR 2980, g:\VHLC\040721.051.xml (798662/1), april 7, 2021(1:04 p.m.), pp. 1-5.

³⁷ 117 Congress, 1 th. session , HR 3138, g:\VHLC\050621.133.xml (799137/5), may 6, 2021 (4:24 p.m.), pp. 1-39.

³⁸ 117 Congress, 1 th. session , HR 3223, g:\VHLC\051221.138.xml (801878/2), may 12, 2021 (3:43 p.m.), pp. 1-6.

³⁹ 117 Congress, 1 th. session , HR 3243, g:\VHLC\051121.218.xml (802006/6), may 11, 2021 (7:53 p.m.), pp. 1-7.

⁴⁰ 117 Congress, 1 th. session , HR 3264, g:\VHLC\051321.236.xml (798260/8), may 13, 2021 (6:32 p.m.), pp. 1-7.

⁴¹ Bleeping Computer, “Estados Unidos presenta proyectos de ley para proteger las infraestructuras críticas de los ciberataques”, 22 de mayo de 2021 (<https://www.ciberseguridadlatam.com>)

⁴² SANDS, Geneva, “Los senadores presentan un proyecto de ley...”, *op. cit.* (nota 15 *supra*), pp. 2-4; VALADES, Bernardo, “Estados Unidos y Europa contemplan nuevas leyes para enfrentar las seis de la amenazas”, 14 de junio de 2021, pp. 1-3 [SEGURILATAM. Revista de Seguridad Integral, archivado en: ActualidadCiberseguridadInfraestructurasCriticaSaludSeguridadporsectoresTecnologiasyserviciosTransporte]

⁴³ C.SÁNCHEZ, “Estados Unidos presenta un nuevo proyecto de ley ciber”, 4 de octubre de 2021, pp. 1-6, pp. 1-2 [<https://cybersecuritynews.es>]

29. Finalmente, el Senado de Estados Unidos aprobó el martes 1 marzo de 2022, por unanimidad, un proyecto de ley bipartidista que está destinado a fortalecer la ciberseguridad dentro de sus fronteras. Esta nueva legislación fue originalmente presentada en el Senado el 8 de febrero de 2022⁴⁴, siendo sus promotores Gary Peters (senador demócrata del Estado de Michigan y presidente del Comité de Asuntos Gubernamentales y Seguridad Nacional) y Rob Portman (senador republicano del Estado de Ohio y miembro de alto rango del mismo Comité).

La ley, de más de 200 páginas, combina partes de tres proyectos de ley diferentes que los propios Peters y Portman presentaron ante el Comité: la Ley de Informes de Incidentes Cibernéticos (CIRA), la Ley Federal de Modernización de la Seguridad de la Información de 2021 (FISMA) y la Ley Federal de Empleos y Mejora de la Nube Segura (FSCIJA)⁴⁵.

El proyecto de ley aprobado por el Senado estadounidense incluye varias medidas orientadas a reforzar la ciberseguridad tanto en el sector público como en el privado, y a modernizar la postura de ciberseguridad del gobierno. Para ello, incluye disposiciones como:

- Exigir a los propietarios y operadores de infraestructura crítica y a las agencias federales civiles que informen de los ciberataques a la Agencia de Seguridad de Infraestructura y Ciberseguridad (CISA) en un margen máximo de 72 horas, y de los pagos de *ransomware* en un margen de solo 24 horas.
- Otra novedad significativa de la nueva ley es que autoriza durante cinco años el Programa Federal de Gestión de Riesgos y Autorizaciones (FedRAMP) para garantizar que las agencias federales puedan “adoptar de forma rápida y segura tecnologías basadas en la nube que mejoren las operaciones y la eficiencia del gobierno”.

Su aprobación en el Senado se produce en un contexto de repetidas advertencias por CISA y otras agencias del gobierno de los Estados Unidos sobre el potencial incremento de ciberataques rusos por la escalada del conflicto en Ucrania⁴⁶, una amenaza por la que tanto Peters como Portman consideran que su legislación se necesita “con urgencia”.

Tras recabar el apoyo unánime del Senado, la legislación debe ser aprobada por la Cámara y ser firmada por el presidente Joe Biden para convertirse oficialmente en ley. De ser así, también actualizaría las leyes de ciberseguridad estadounidenses para mejorar la coordinación entre las agencias y requeriría que el gobierno adopte un enfoque de ciberseguridad basado en el riesgo.

2. La Unión Europea

30. Las actividades informáticas maliciosas aumentan también en toda Europa, siendo cada vez más sofisticadas. Es conveniente, por ello, una respuesta más firme en materia de seguridad; solo así podrá operarse en un ciberespacio que generará entre los ciudadanos una mayor confianza en la digitalización⁴⁷

La creciente relevancia de las amenazas que provienen del ciberespacio se hizo patente en febrero de 2013, cuando la Comisión Europea y la Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad presentaron conjuntamente la Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto protegido y seguro.

⁴⁴ S.MONTES, “El Senado de EE.UU. aprueba por unanimidad una importante legislación de ciberseguridad (El consenso se produce en medio de las constantes alertas sobre el creciente riesgo de ciberataques por parte de Rusia por la escalada del conflicto en Ucrania)”, 4 de marzo de 2022 (<https://www.escudodigital.com>).

⁴⁵ 117TH CONGRESS 2D SESSION. S.3600. An Act to improve the cybersecurity of the Federal Government, and for other purposes. This Act may be cited as the “Strengthening American Cybersecurity Act of 2022”, pp. 1-212.

⁴⁶ Vid. E.CUBEIRO CABELLO, “El ciberespacio en la guerra de Ucrania”, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pp. 1-14.

⁴⁷ Sobre la creciente profundización e intensidad del interés de la Unión Europea en la ciberseguridad y en responder con una firme defensa a los ciberataques, *vid.* PIERNAS LÓPEZ, J.J., “La respuesta de la Unión Europea a las amenazas del ciberespacio”, en CERVELL HORTAL, M.J. (Directora), *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 279-308; ID., *Ciberdiplomacia y ciberdefensa en la Unión Europea* Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 57 ss, 89 ss., 143 ss.

La Unión aumentó notablemente su ambición en materia de ciberseguridad con la adopción, el 13 de septiembre de 2017, del conocido como el conjunto de medidas de ciber seguridad o *EU Cyber Security Package*. Este incluía, entre otras, una propuesta de creación de la Agencia Europea de Ciberseguridad, basada en la existente Agencia de Seguridad de la Redes y de la Información de la Unión Europea, de un Centro Europeo de Investigación y con Competencias en materia de Ciber seguridad, la inclusión de la libertad de ciberdefensa en el Marco de la cooperación estructurada permanente y el fondo europeo de defensa, y la elaboración de un régimen de certificación europeo⁴⁸.

En diciembre de 2020, la Comisión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) presentaron una nueva Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea⁴⁹. Su objetivo: reforzar la resiliencia de la Unión antes la ciberamenazas y garantizar que todos los ciudadanos y empresas puedan beneficiarse plenamente de servicios digitales seguros y fiables⁵⁰. La nueva estrategia sugiere propuestas concretas para la adopción de instrumentos normativos (tanto de actuación como de inversión).

El 22 de marzo de 2021, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre la Estrategia de Ciberseguridad. En ellas, los ministros de la Unión Europea decidieron, como objetivo esencial, la consecución de una autonomía estratégica preservando a la vez una economía abierta, para lo que resultaba necesario aumentar la capacidad de adoptar decisiones autónomas en el ámbito de la ciberseguridad.

La Unión Europea está trabajando, asimismo, en dos propuestas legislativas para abordar los riesgos actuales y futuros *en y fuera de Internet*:

- Una Directiva actualizada para proteger mejor las redes y los sistemas de información.
- Y una nueva Directiva sobre la resiliencia de las entidades críticas.

La Unión cuenta, en fin, como ya he apuntado *supra*, con una nueva Agencia para la Ciberseguridad, con un papel reforzado y un mandato permanente. Ha mantenido el mismo acrónimo, ENISA (<https://www.enisa.europa.eu/>). Esta agencia proporciona apoyo a los Estados miembros, las instituciones de la Unión y otras partes interesadas para hacer frente a los ciberataques.

31. La Directiva sobre la Seguridad de la Redes y Sistemas de Información, adoptada en 2016 (conocida como Directiva NIS), fue la primera medida legislativa a escala de la Unión destinada a estrechar la cooperación entre los Estados miembros en lo relativo a la ciberseguridad. En ella se establecieron obligaciones de seguridad para los operadores de servicios esenciales (en sectores vitales como la energía, el transporte, la sanidad y las finanzas) y los proveedores de servicios digitales (mercados en línea, motores de búsqueda y servicios en la nube)⁵¹.

En diciembre de 2020, la Comisión Europea propuso una revisión de la Directiva NIS (NIS-2) para sustituir a la de 2016⁵². La nueva propuesta responde a la evolución de las amenazas y tiene en cuenta la transformación digital que se ha visto acelerada por la crisis de la COVID-19:

⁴⁸ J.J. PIERNAS LÓPEZ, “La respuesta de la Unión Europea a las amenazas del ciberespacio”, *op. cit.* (nota 47), pp. 283-284, 287-288; ID., *Ciberdiplomacia y ciberdefensa en la Unión Europea*, *op. cit.* (nota 47), pp. 38-51.

⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION/HIGH REPRESENTATIVE OF THE UNION FOR FOREIGN AFFAIRS AND SECURITY POLICY, *Joint Communication to the European Parliament and the Council. The EU Cybersecurity Strategy for the Digital Decade*, Bruselas, 16 de diciembre de 2020, JOIN (2020) 18 final, pp. 1-28.

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (comunicado de prensa), “Nueva Estrategia de Ciberseguridad de la UE y nuevas normas para aumentar la resiliencia de las entidades críticas físicas y digitales”, IP/020/2391, Bruselas, 16 de diciembre de 2020, pp. 1-5. La nueva Estrategia de la Unión en este ámbito ha sido valorada con escaso entusiasmo, digámoslo así, por algunos comentaristas: véase, por ejemplo, KASPER, A. y VERNYGORA, V., “The EU’s cybersecurity: a strategic narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 65/2021, pp. 29-71.

⁵¹ 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 194, 19 de julio de 2016, pp. 1 ss.

⁵² COMISIÓN EUROPEA, Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas para un alto nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Texto pertinente a efectos del EEE), Bruselas, 16.12.2020, COM(2020) 823 final, 2020/0359 (COD) (SEC(2020) 430 final) - {SWD(2020) 344 final} - {SWD(2020) 345 final}

- Con este fin, la propuesta de la Comisión amplía el alcance de la actual Directiva NIS, agregando nuevos sectores en función de su importancia para la economía y la sociedad e introduciendo un límite de tamaño claro, lo que significa que se incluirán en la misma todas las medianas y grandes empresas en sectores seleccionados.
Al mismo tiempo, deja cierta flexibilidad para que los Estados miembros identifiquen entidades más pequeñas con un alto perfil de riesgo de seguridad.
- La propuesta también elimina la distinción entre operadores de servicios esenciales y proveedores de servicios digitales.
Las entidades se clasificarían en función de su importancia, y se dividirían, respectivamente, en categorías esenciales e importantes con la consecuencia de estar sujetas a diferentes regímenes de supervisión.
- La propuesta refuerza los requisitos de seguridad para las empresas, al imponer un enfoque de gestión de riesgos que proporciona una lista mínima de elementos básicos de seguridad que deben aplicarse; e introduce, asimismo, disposiciones más precisas sobre el proceso de notificación de incidentes, el contenido de los informes y los plazos.
- Además, la Comisión propone abordar la seguridad de las cadenas de suministro y las relaciones con los proveedores exigiendo a las empresas individuales que aborden los riesgos de ciberseguridad en esta cuestión.
A nivel europeo, la propuesta refuerza la ciberseguridad de la cadena de suministro para tecnologías clave de la información y la comunicación. Los Estados miembros, en cooperación con la Comisión y ENISA, llevarán a cabo evaluaciones de riesgo coordinadas de las cadenas de suministro críticas, basándose en el enfoque adoptado con éxito en el contexto de la Recomendación de la Comisión sobre ciberseguridad de las redes 5G⁵³.
- La propuesta introduce medidas de supervisión y requisitos de ejecución más rigurosos para las autoridades nacionales, propiciando la armonización de los regímenes sancionadores en todos los Estados miembros.
- La propuesta de la Comisión establece un marco básico con actores clave responsables de la divulgación coordinada de vulnerabilidades recientemente descubiertas en toda la Unión Europea, así como la creación de un registro de la Unión en el que opera la Agencia de Ciberseguridad de la Unión Europea (ENISA).

El Consejo, en fin y por acabar, llegó a una Orientación general sobre la nueva directiva en diciembre de 2021⁵⁴.

La tramitación del proyecto de Directiva sigue avanzando⁵⁵, con la aprobación por el Comité de Industria del Parlamento Europeo de las enmiendas presentadas. La norma proyectada se centra en la necesidad de reforzar la importancia de esta regulación como principal legislación horizontal en el ámbito de la ciberseguridad y tiene como objetivo garantizar que la futura legislación sectorial no modifique sus principios fundamentales. Las principales novedades introducidas con esta nueva versión del proyecto de Directiva NIS 2 serían, en síntesis, las siguientes:

- La ampliación del ámbito de aplicación de la nueva Directiva NIS 2, mediante dos técnicas:

⁵³ RECOMENDACIÓN (UE) 2019/534 DE LA COMISIÓN de 26 de marzo de 2019 Ciberseguridad de las redes 5G, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 88, 29 de marzo de 2019, pp. 42-47.

⁵⁴ CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Ciberseguridad: cómo combatir la Unión Europea las amenazas cibernéticas”, pp. 1-11, pp. 1-7 (<https://www.consilium.europa.eu>, 9 febrero 2022).

⁵⁵ Parlamento Europeo 2019-2024 Documento de sesión 4.11.2021, INFORME A9-0313/2021 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (COM(2020)0823 – C9-0422/2020 – 2020/0359(COD)) Comisión de Industria, Investigación y Energía Ponente: Bart Groothuis Ponente de opinión (*): Lukas Mandl, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (*) ES Comisión asociada – artículo 57 del Reglamento interno Unida en la diversidad PE692.602v02-00 ES RR\1242692ES.docxPR_COD_1amCom

- La ampliación del concepto entidades esenciales, al incluirse en él sectores o actores no previstos en la anterior Directiva NIS, como por ejemplo energía, transportes, banca, infraestructuras de los mercados financieros, sanidad, agua potable, aguas residuales, infraestructura digital, administración pública y sector espacial.
- Y la introducción de un nuevo concepto denominado entidades de “sectores importantes”. En la exposición de motivos del texto publicado se avanza que estos sectores incluirán, entre otros: servicios postales y de mensajería, gestión de residuos, fabricación, producción y distribución de sustancias y mezclas químicas, producción, transformación y distribución de alimentos, fabricación y proveedores de servicios digitales.

A pesar de lo anterior, cabe destacar que la normativa nacional de desarrollo de la actual Directiva NIS⁵⁶, ya prevé su aplicación a la mayoría de las entidades a las que el borrador de Directiva NIS 2 extiende su ámbito de aplicación, por lo que esta modificación tendrá una limitada incidencia a nivel nacional.

- Se destaca la importancia de armonizar la normativa que regula la prevención, detección y respuesta a las ciberamenazas y ciberataques. Para ello, se impone a la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) la responsabilidad de proveer a los Estados miembros y las autoridades competentes la orientación para que adapten sus estrategias nacionales de ciberseguridad en vigor a los requisitos y obligaciones establecidos en la Directiva.
- En lo relativo a los nuevos requisitos de seguridad exigidos se incluyen, entre otros, la respuesta a incidentes, la seguridad de la cadena de suministro, el cifrado y la divulgación de vulnerabilidades.
- En cuanto a las sanciones, seguirán siendo los Estados miembros los encargados de establecer el régimen sancionador aplicable, adoptando todas las medidas necesarias (efectivas, proporcionadas y disuasorias) para su ejecución.

Cabe recordar que, en el caso de España, las sanciones aplicables a las infracciones en materia de ciberseguridad se regulan en el Real Decreto-ley 12/2018, como sanciones leves, graves y muy graves. La cuantía de las sanciones oscila desde una amonestación o multa para las muy leves (no someterse, por ejemplo, a una auditoría de seguridad) hasta 1.000.000 euros para las muy graves (como el incumplimiento reiterado de la obligación de notificar incidentes con efectos perturbadores significativos en el servicio).

Según el Parlamento Europeo la necesidad de esta nueva normativa se fundamenta en la aplicación y desarrollo no armónico que se ha producido por parte de los Estados miembros de la Unión, lo que ha generado niveles insuficientes de ciberseguridad. Dado que el nivel actual de ciberamenazas muy elevado, actualizar esta legislación era urgente, resultando, pues, indispensables la prevención y el cumplimiento⁵⁷.

32. La propuesta de Directiva sobre la resiliencia de las entidades críticas (REC) amplía el ámbito de aplicación y la profundidad de la Directiva sobre infraestructuras críticas europeas de 2008. Se incluyen 10 nuevos sectores:

- Energías.
- Transporte.
- Banca.
- Infraestructura de los mercados financieros.

⁵⁶ Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información (*BOE* de 8 de septiembre de 2018) y el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero (*BOE* de 28 de enero de 2021) que desarrolla el primer Real Decreto-ley.

⁵⁷ M.FERRER/ J.A.EGUILUZ, “Unión Europea/Ciberseguridad: nueva versión del proyecto de Directiva NIS 2”, 24 de noviembre de 2021 (<https://www.cuatrecasas.com>)

- Sanidad.
- Agua potable.
- Aguas residuales.
- Infraestructuras digitales.
- La administración pública.
- Y el espacio.

En el marco de la Directiva propuesta, los Estados miembros podrían adoptar una estrategia nacional con el objetivo de reforzar la resiliencia de las entidades críticas y efectuar evaluaciones periódicas sobre el riesgo.

Éstas evaluaciones también ayudarían a identificar un grupo más reducido de entidades críticas que estarían obligadas a mejorar su resiliencia frente a riesgos no cibernéticos, la adopción de medidas técnicas y organizativas o la notificación de incidentes.

Por su parte, la Comisión prestaría apoyo complementario a los Estados miembros y a las entidades críticas, por ejemplo, mediante la aplicación de mejores prácticas y ejercicios para poner a prueba su resiliencia.

33. Como he apuntado, la creciente amenaza que suponen los ciberataques motivó una reacción cada vez más decidida de la Unión Europea, que se vio culminada con la adopción de un Marco jurídico de medidas restrictivas para hacer frente a los mismos compuesto:

- Por la Decisión (PESC) 2019/797 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativa a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenazan a la unión o a sus estados miembros⁵⁸.
- Y el Reglamento (UE) 2019/796 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativo a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenazan a la Unión o a sus Estados miembros⁵⁹.

Más concretamente, el Marco adoptado permite a la Unión, por primera vez, imponer sanciones a personas o entidades responsables de ciberataques o tentativas de ciberataques; o que presten apoyo financiero, técnico o material para ello; o estén implicadas de algún otro modo, así como a otras personas y entidades asociadas con ellas.

Las medidas restrictivas consisten en:

- La prohibición de entrada a la Unión en el caso de las personas.
- Y la inmovilización de activos en el caso de personas y entidades
- Las primeras sanciones por ciberataques se impusieron el 30 de julio de 2020.

34. El ciberespacio se considera ya el quinto ámbito bélico, tan vital para las operaciones militares como la tierra el mar, el aire y el espacio.⁶⁰

La Unión Europea coopera en materia de defensa en el ciberespacio por medio de la Agencia Europea de Defensa (AED), en colaboración con la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad y Europol. La AED apoya a los Estados miembros en la creación de unidades de personal militar especializado en ciberdefensa y garantiza la disponibilidad de tecnología de ciberdefensa (tanto proactiva como reactiva).

La Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea, adoptada en diciembre de 2020 por la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior, refuerza:

⁵⁸ ST/7299/2019/INIT, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 129I, 17 mayo 2019, pp. 13-19.

⁵⁹ ST/7302/2019/INIT, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 129I 17 mayo 2019, pp. 1-12.

⁶⁰ REDACCIÓN, “Una guerra mundial ya se libra en el ciberespacio con sofisticados ataques de *ransomware*”, 4 de julio de 2021 (<https://bajopalabra.com.mx>); A.GONZÁLEZ, “Ciberespacio es el nuevo campo de batalla entre naciones”, 14 de octubre de 2021 (<https://digitalpolicylaw.com>).

- La coordinación en materia de ciberdefensa.
- La cooperación y la creación de capacidades de ciberdefensa.

35. En diciembre de 2020, el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo informal para crear el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad respaldado por una red de centros nacionales de coordinación

Cinco meses después, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el reglamento 2021/887, de 20 de mayo de 2021, por el que se establecen el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad y la Red de Centros Nacionales de Coordinación⁶¹. Sus objetivos son:

- Seguir mejorando la ciber resiliencia.
- Contribuir a la implantación de tecnología de última generación en materia de ciber seguridad.
- Proporcionar apoyo a las empresas emergentes y las pymes del sector de la ciberseguridad.
- Reforzar la investigación y la innovación en materia de ciber ciberseguridad.
- Contribuir a colmar el déficit de capacidades en materia de ciberseguridad.

Los Estados miembros de la Unión Europea eligieron Bucarest como sede del nuevo centro⁶².

3. Particular referencia a nuestro país, España

36. En el contexto de los ataques con armas cibernéticas, el concepto de *infraestructura crítica* es esencial también *en y para* nuestro país. Las infraestructuras críticas son el conjunto de:

“instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información... cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales”⁶³.

La “criticidad” de una infraestructura se fija en atención a tres criterios:

- El número de víctimas o de lesiones graves que, de ser atacada, puede generar.
- El impacto económico en función de las pérdidas y el deterioro de productos o servicios (incluido el eventual impacto medio ambiental).
- Y el impacto público producido por la alteración de la vida ciudadana.

En España, el anexo a la Ley 8/2011 de Protección de las Infraestructuras Críticas (que, asimismo, se extiende a la protección de las Infraestructuras Críticas Europeas), y que transpone al Derecho español la Directiva 2008/114/CE, agrupa estas en varios sectores (doce para ser exactos)⁶⁴.

Estas infraestructuras dependen de los sistemas de comunicaciones y, por tanto, el riesgo de interrupción por ataques cibernéticos ha aumentado considerablemente. Las infraestructuras críticas

⁶¹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 202, 8 de junio de 2021, pp. 1-31.

⁶² CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Ciberseguridad: cómo combatir la Unión Europea las amenazas cibernéticas”, pp. 1-11, pp. 8-10 (<https://www.consilium.europa.eu>, 9 febrero 2022).

⁶³ Artículo 2, d y e de la Ley 8/2011, de 28 de abril, *por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas* (BOE de 29 de abril de 2011).

⁶⁴ Administración (servicios básicos, instalaciones, redes activas de información, principales lugares y monumentos nacionales), Espacio, industria nuclear, industria química, instalaciones de investigación, agua (embalses, almacenamiento, tratamiento y redes), energía (centrales y redes de energía), salud, tecnología de la Información y las Comunicaciones, transporte (aeropuertos, puertos, instalaciones intermodales, ferrocarriles y redes de transporte público, sistemas de control de tráfico), alimentación, sistema Financiero y Tributario (Banca, valores, inversiones).

españolas se detallan en un Catálogo que integra 3.700 infraestructuras, de las que el 80 por 100 corresponden al sector privado. La Ley 8/2011 establece la creación, por el Ministerio del Interior, de un Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas:

“Instrumento que contendrá toda la información y valoración de las infraestructuras estratégicas del país, entre las que se hallarán incluidas aquellas clasificadas como Críticas o Críticas Europeas, en las condiciones que se determinen en el Reglamento que desarrolle la presente Ley” (artículo 4.1).

El Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, aprueba el Reglamento de protección de las Infraestructuras Críticas⁶⁵ que regula (Título I, Capítulo II, artículos 3-5), el referido Catálogo. Este viene a ser una base de datos en la que se especifican las medidas de protección ante una eventual amenaza contra dichas Infraestructuras, la “criticidad” y los planes de reacción “que activen una respuesta ágil, oportuna y proporcionada, de acuerdo con el nivel y características de la amenaza de que se trate” (artículo 3.2). El Catálogo, un registro de carácter administrativo, contiene información “completa, actualizada y contrastada” de todas las infraestructuras estratégicas ubicadas en el territorio español, “incluyendo las críticas, así como aquellas clasificadas como críticas europeas que afecten a España, con arreglo a la Directiva 2008/114/CE” (artículo 3.1).

El Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas tiene, según la legislación española en materia de secretos oficiales, “la calificación de SECRETO”, conferida por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de noviembre de 2007 (artículo 4.3).

37. La Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, en fin, afirma que los ataques contra las infraestructuras críticas constituyen “riesgos y amenazas a la seguridad nacional”, que con la:

“progresión digitalizada y la adopción de nuevas tecnologías (...) podría aumentar el riesgo de sufrir brechas de seguridad (...) en el control de los sistemas que operan las infraestructuras críticas”⁶⁶.

Y la Estrategia de Ciberseguridad de 2019 destaca las “amenazas contra las infraestructuras críticas” como objetivo posible de los grupos terroristas. A tal efecto, en la línea de acción 2 (*garantizar la seguridad y resiliencia de los activos estratégicos para España*), fijada por la Estrategia de Ciberseguridad, nuestro país se propone:

“asegurar la plena implantación del Esquema Nacional de Seguridad, del Sistema de Protección de las Infraestructuras Críticas, y el cumplimiento y armonización de la normativa sobre protección de infraestructuras críticas y servicios esenciales, con un enfoque prioritario basado en el riesgo (apartado 3)”⁶⁷.

IV. Las contramedidas, como instrumento de defensa en el plano internacional

1. Algunos supuestos de la práctica

38. Las tradicionales sospechas sobre la injerencia rusa en Estados Unidos se han convertido, finalmente, en acusación formal. La Casa Blanca ha apuntado, por primera vez, al Servicio de Espionaje Exterior ruso (SVR) e impuesto sanciones contra una treintena de individuos y entidades, por ciberataques diversos (que califica de “acciones internacionales desestabilizadoras”). Las sanciones (las más duras des-

⁶⁵ BOE de 21 de mayo de 2011.

⁶⁶ PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*, Madrid, 2021, pp. 1-114, especialmente pp. 52, 58 (la *Estrategia* se aprobó por Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, y se publicó en el BOE, de 31 de diciembre de 2021, pp. 167795-167830).

⁶⁷ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD: *Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019*, Madrid, junio 2019, pp. 1-68 (por Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, se publica tras su aprobación por el Consejo de Seguridad Nacional en el BOE, 30 de abril de 2019), BOE 30 de abril, pp. 43444 y 43449-43450.

de la presidencia de Donald Trump) se dirigieron contra la mismísima línea de flotación de la economía rusa. Además, el Departamento del Tesoro emitió otra directiva que prohíbe a las instituciones financieras estadounidenses comprar deuda pública del Banco Central ruso a partir del mes de junio de 2021.

Las sanciones de Estados Unidos afectan a 16 entidades y 16 individuos e incluyen la expulsión de una decena de empleados de la Embajada rusa en Washington, funcionarios de inteligencia incluidos, por “intentos dirigidos por el Gobierno ruso para influir en las elecciones de 2020 y otros actos de desinformación e interferencia”. Todos los sancionados vieron congelados sus activos en Estados Unidos.

Al anunciar las sanciones, la Casa Blanca acusó formalmente al Servicio de Espionaje Exterior de Rusia (SVR) de haber perpetrado, en concreto, el ciberataque masivo que penetró los sistemas informáticos de la Administración estadounidense y de grandes compañías mediante un programa de *SolarWinds* (*supra* párrafo 10).

Entre los individuos implicados figura Alexéi Gromov, miembro de la Administración Presidencial rusa (subjefe de personal de la misma), explicó el comunicado del Tesoro.

En el texto que anuncia la imposición de sanciones, hecho público por la Casa Blanca, Washington acusa también a Moscú, en una referencia que parece apuntar directamente a la situación en Ucrania:

de “socavar la seguridad en países y regiones importantes para la seguridad nacional de Estados Unidos; y violar principios bien establecidos del derecho internacional, incluido el respeto por la integridad territorial de los Estados, [que] constituyen una amenaza inusual y extraordinaria para la seguridad nacional, la política exterior y la economía de Estados Unidos”.

Junto con el Reino Unido, Australia, Canadá y la Unión Europea, Washington también sancionó a 8 personas y entidades en la órbita del Kremlin por la ocupación (en 2014) de Crimea. Estados Unidos denunció, en particular, las presuntas violaciones de derechos humanos en un centro de detención de Simferópol, la capital de Crimea.

Un reciente informe no clasificado de los servicios de inteligencia estadounidense asegura que el presidente ruso, Vladimir Putin, autorizó campañas de influencia destinadas a dañar la candidatura del presidente Biden durante las elecciones de 2020 e impulsar la del republicano Donald Trump, según la CBS, que cita un informe difundido por la Oficina del Director de Inteligencia Nacional.

Entre “las acciones que ha emprendido el Gobierno ruso contra nuestra soberanía e intereses”, indica la Casa Blanca, figura también su propuesta a los talibanes para cometer atentados contra las fuerzas de los Estados Unidos en Afganistán, revelada en 2020 por el *The New York Times*. No obstante, “dado lo delicado del asunto, que compromete la seguridad y el bienestar de nuestros soldados”, la investigación discurrirá por canales diplomáticos y de inteligencia.⁶⁸

39. También el Consejo de la Unión Europea decidió imponer, el 30 de julio de 2020, medidas restrictivas contra personas y entidades responsables de diversos ataques informáticos. Se trataba de una respuesta a, entre otros, el intento de ciberataque contra la OPAQ (Organización para la Prohibición de las Armas Químicas). El Alto Representante de la Unión, Sr. Borrell, hizo una declaración pública al respecto en nombre de la Unión:

“A fin de prevenir, desincentivar e impedir mejor estas conductas maliciosas en el ciberespacio y responder a ellas, el Consejo ha decidido hoy aplicar medidas restrictivas a seis personas y tres entidades u organismos involucrados en ciberataques con efectos importantes o en tentativas de ciberataque con efectos potencialmente importantes que constituyen una amenaza externa para la Unión Europea o sus Estados miembros, o con efectos importantes en terceros Estados u organizaciones internacionales. Las medidas en cuestión son la prohibición de viajar y la inmovilización de bienes de las personas físicas y la inmovilización de bienes de las entidades u organismos. También está prohibido poner fondos a disposición directa o indirecta de las personas y entidades u organismos incluidos en la lista”.⁶⁹

⁶⁸ M.A.SÁNCHEZ-VALLEJO, “Biden impone duras sanciones a Moscú por los ciberataques y la injerencia en las elecciones”, Nueva York, 15 de abril de 2021 (<https://elpais.com>)

⁶⁹ CONSEJO DE LA UE, “Declaración del alto representante, Josep Borrell, en nombre de la UE: respuesta de la Unión

Este tipo de medidas constituye una de las opciones ofrecidas por los instrumentos de ciberdiplomacia de la Unión para impedir, disuadir y responder a las actividades informáticas malintencionadas dirigidas contra ella o sus Estados miembros, y es la primera vez que la Unión Europea ha utilizado este instrumento. El marco jurídico para la adopción de medidas restrictivas específicas en respuesta a los ataques informáticos se adoptó en mayo de 2019 y se renovó recientemente.

En los últimos años, la Unión viene acrecentando su resiliencia y su capacidad de prevención, disuasión y respuesta a las amenazas informáticas y las actividades cibernéticas malintencionadas, con el fin de salvaguardar la seguridad y los intereses europeos. En junio de 2017, la Unión Europea reforzó su respuesta estableciendo un Marco para una respuesta diplomática conjunta de la Unión a las actividades informáticas malintencionadas, el denominado “conjunto de instrumentos de ciberdiplomacia” (*vid supra* párrafo 33). Este Marco permite a la Unión Europea y sus Estados miembros recurrir a todos los instrumentos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), para actuar en la prevención, disuasión y respuesta a toda actividad informática malintencionada dirigida contra su integridad y su seguridad.

El Sistema adoptado por la Unión, dirigido a personas físicas o jurídicas, entidades u organismos, permite adoptar medidas restrictivas que contribuyan a la disuasión y a contrarrestar ataques cibernéticos al tiempo que evita la necesidad de atribuir dichos ataques a Estados con base en las normas de responsabilidad internacional⁷⁰, que presentan serios problemas de atribución, como ha subrayado ya la doctrina. A este respecto a la propia Decisión del Consejo mencionado señala que

“Hay que diferenciar las medidas restrictivas específicas de la imputación de responsabilidad por los ciber ataques a un tercer Estado. La aplicación de medidas restrictivas específicas no implica tal imputación, que constituye una decisión política soberana adoptada en función de cada caso. Cada Estado miembro es libre de adoptar su propia determinación con respecto a la imputación de ciber ataques a un tercer estado” (Decisión [PESC] 2019/797, de 17 de mayo de 2019, considerando 9)

Lo cual no impide que en el caso de poder imputar a un Estado, en aplicación del Derecho Internacional de la Responsabilidad, una de estas actividades maliciosas, los Estados miembros de la Unión Europea y aún la misma Unión puedan, según ese Ordenamiento jurídico, recurrir a represalias o contramedidas contra el Estado mismo de acuerdo con las reglas del Derecho internacional que regulan esta figura⁷¹.

2. Contramedidas, que regula el Derecho Internacional de la Responsabilidad, ¿son aplicables en caso de ciberataques?

2.1. El Derecho Internacional de la Responsabilidad

40. Durante muchos años, las relaciones internacionales se desarrollaron en un contexto de ausencia de instituciones centrales capaces de imponer coercitivamente, llegado el caso, el cumplimiento

Europea para promover la seguridad y la estabilidad internacionales en el ciberespacio”, Comunicado de prensa 30 de julio de 2020 16:35 (<https://www.consilium.europa.eu/es/press>)

⁷⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “La UE impone por primera vez sanciones en respuesta a los ciberataques”, COMUNICADO DE PRENSA (Press office - General Secretariat of the Council), núm. 522/20, 30 de julio de 2020; Reglamento de ejecución (UE) 2020/1125 del Consejo, de 30 de julio de 2020, por el que se aplica el Reglamento (UE) 2019/796 relativo a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 246, de 30 de julio de 2020, pp. 4-9; Decisión (PESC) 2020/1127 del Consejo, de 30 de julio de 2020 por la que se modifica la Decisión (PESC) 2019/797 relativa a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 246, 30 julio 2020, pp. 12-181.

⁷¹ *Vid.* M. ROBLES CARRILLO, “Sanciones contra ciberataques: la acción de la Unión Europea”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) Documento de Opinión 143/2020, 10 de noviembre de 2020, pp. 1-23; y para una reflexión jurídica en profundidad de estas medidas, PIERNAS LÓPEZ, J.J., *Ciberdiplomacia y Ciberdefensa en la Unión Europea, op. cit.* (nota 47 *supra*), pp. 102-140.

del Ordenamiento y sus principales sujetos, los Estados, autoprotegían sus derechos, y aun sus meros intereses, empleando para ello los procedimientos que estimaban más convenientes a sus propósitos)⁷².

Tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), la Carta de Naciones Unidas estableció, como sabemos, un auténtico sistema de seguridad colectiva apoyado en dos columnas:

- *Por un lado*, la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales “salvo” en genuina y estricta legítima defensa y „sólo hasta“ la intervención de Naciones Unidas (artículos 2.4 y 51).
- *Y, por otro*, el establecimiento de un dispositivo de reacción institucional contra el Estado que quebrantare injustificadamente la prohibición (capítulo VII: artículos 39-51), regido orgánicamente por el Consejo de Seguridad que ejerce la „responsabilidad primordial“ en el tema y puede adoptar “decisiones” obligatorias (artículos 24 y 25).

El nuevo Sistema sustituye y acaba con el régimen basado en la autotutela del Derecho internacional clásico. Sólo la legítima defensa como respuesta a un ataque armado justifica el empleo unilateral de la fuerza militar por los Estados y en todo caso únicamente hasta el momento en que el Consejo de Seguridad adoptara las medidas pertinentes para el mantenimiento de La Paz.

Pero la Carta sigue amparando la legalidad de las represalias (hoy llamadas contramedidas); a cambio, ha condicionado y limitado severamente (en forma y fondo) su aplicación.

41. El Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001)⁷³ consideró que las *contramedidas* eran una causa de exclusión de la ilicitud (artículo 22), reconociendo que el comportamiento antijurídico de un Estado *A para obligar a otro Estado B a que repare el perjuicio que le ha causado* pierde su carácter ilícito por ser una contramedida admitida (artículo 49.1)⁷⁴.

Por lo demás, la Comisión de Derecho Internacional ha considerado, en su Proyecto sobre las Organizaciones internacionales (2011)⁷⁵:

“que no existe ninguna razón de peso para excluir categóricamente” el que éstas puedan adoptar contramedidas o que sean objeto de las mismas (comentario 1 al artículo 51); del mismo modo ha entendido (en cuanto a su objeto y límites) que “no hay aparentemente nada que justifique distinguir a este respecto entre las contramedidas adoptadas contra organizaciones internacionales y las dirigidas contra Estados”⁷⁶.

42. Ya en 1996, al aprobar en primera lectura su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión de Derecho Internacional se decantó por una concepción de las contramedidas “instrumental”

⁷² Sobre las contramedidas en general, a la luz del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001, *vid. ad ex.* C.GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional (consecuencias del ilícito)*, Diego Marin Ediciones, Murcia, 2005, pp. 164-218. Véase también *infra* nota 74.

⁷³ Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53 período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, Asamblea General. Documentos oficiales, 56 período de sesiones, suplemento núm. 19, A/56/10*, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 1-591, pp. 21-405

⁷⁴ Sobre las contramedidas en el Derecho Internacional contemporáneo véase *supra* nota 72), asimismo, C.GUTIÉRREZ ESPADA “La aplicación o ejecución forzosa del Derecho Internacional”, *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen II*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 569-606; ID.: Función y límites de las represalias (o contramedidas) en el Derecho internacional contemporáneo”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros*, Universidad de Murcia (DIGITUM-Murcia), 2013, pp. 555-575; C.GUTIÉRREZ ESPADA /R.BERMEJO GARCÍA, “La responsabilidad patrimonial de los Estados en Derecho internacional”, en Tomás Quintana López (director) y Anabelén Casares Marcos (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomos I y II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013 (2ª edición), tomo I, pp. 365-479, sobre todo pp. 444-460.

⁷⁵ “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales con sus comentarios”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 63o período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 1-394, pp. 55-184.

⁷⁶ Párrafo 5 del comentario al artículo 54.

y no “punitiva”; y un año después (asunto *Gabčíkovo-Nagymaros*) el Tribunal Internacional de Justicia remachó la idea al darla por hecho en la regulación que el Derecho vigente hacía de las mismas⁷⁷. La Comisión hizo suyo este planteamiento tanto en el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) como, en el año 2011, al aprobar de manera definitiva el relativo a la responsabilidad de las Organizaciones internacionales:

“el Estado lesionado o la organización internacional lesionada *solamente* podrá adoptar contramedidas contra una organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirla a cumplir las obligaciones que le incumben de acuerdo con lo dispuesto en la tercera parte” (artículo 51) (esto es, la obligación de reparar).

Descarta así la Comisión la tesis, presente en una fase anterior de sus trabajos, de que las represalias pudieran jugar, respecto de ciertos ilícitos, una función punitiva desde la comisión misma de la violación, idea mantenida en su día por el Relator del tema Roberto Ago y defendida aún por algunos internacionalistas. El efecto cumulativo de las posiciones de la Comisión (1996, 2001 y 2011) y del Tribunal Internacional de Justicia (1997) parece determinante para entender que la tesis que ve en las contramedidas un “modo de hacer efectiva la responsabilidad” y no una de las consecuencias de la comisión de un hecho ilícito, es la que “refleja la opinión general sobre el estado actual del Derecho”⁷⁸.

En suma, las contramedidas son una reacción, contraria al Derecho internacional, que este “justifica” con el fin de que los Estados u Organizaciones internacionales *lesionados* por un hecho ilícito (y en ciertos supuestos también Estados u organizaciones *terceros*) fueren al culpable a pechar con las consecuencias que el Derecho Internacional reserva para quienes quebrantan sus normas.

En todo caso, el Derecho internacional acoge esta figura, con el cuidado de mantener un equilibrio entre su *aceptación* (reflejo de una innegable realidad e instrumento que puede coadyuvar a la aplicación efectiva de las normas primarias y aun de las secundarias del Derecho internacional) y la *conveniencia de evitar abusos* en su aplicación. Impone por ello al Estado u Organización lesionados (y, en su caso, a los terceros habilitados) el *cumplimiento de toda una serie de condiciones o requisitos de tipo “procesal”* así como de ámbitos prohibidos a su acción:

A) *En cuanto a las exigencias previas a su adopción*, las contramedidas sólo pueden ir dirigidas contra el autor del hecho que causó un perjuicio a quien las desencadena, no contra terceros. Un Estado o una Organización internacional que quieran adoptar contramedidas contra otro Estado u Organización deben *requerirle* para que haga frente a su responsabilidad, *notificarle* que de no hacerlo tomará represalias, y en fin *ofrecerle negociaciones*.

Pese a que, en el marco del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), algún miembro de la Comisión de Derecho Internacional consideró prematura la notificación de las contramedidas antes de que se hubieran celebrado negociaciones, pues sería contraproducente informar al Estado responsable de las medidas concretas que iban a adoptarse, el Comité de Redacción estimó que „era útil” y no resultaba “excesivamente gravosa para el Estado lesionado”; y en su Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011) lo ha ratificado (artículo 55.1 y 2 y párrafo 2 del comentario).

Por otro lado, algunos países parecían rechazar incluso la exigencia del requerimiento previo, pero la Comisión de Derecho Internacional la mantuvo, entendiendo que este requisito (“conminación”) “parece también reflejar una práctica general”⁷⁹.

⁷⁷ Párrafo 2 del comentario al artículo 47, *Yearbook of the International Law Commission* 1996, II, Part. Two; sentencia de 25 de septiembre de 1997, *International Court of Justice Reports* 1997, pp. 7 ss., pp. 56-57, párrafo 87.

⁷⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: *First Report of the ILA Study Group on the Law of State Responsibility (Submitted by the Chair of the Study Group to the Special Rapporteur and the Chair of the United Nations International Law Commission and the ILA Director of Studies, P. Malanczuyk, Chairman, La Haya, 8 June 2000, pp. 1-55, pp. 25-26, párrafo 84 (http://www.ila.hq.org)]*.

⁷⁹ Párrafo 3 del comentario al artículo 52 del Proyecto de 2001, ratificándose en el requisito en su Proyecto de 2011 sobre las Organizaciones (artículo. 54.1 y comentario 2 al mismo).

Si la oferta de negociación es atendida, se abre la puerta a la adopción de contramedidas. Incluso aunque se negocie y mientras un órgano o tribunal ante el que el asunto ha sido sometido no haya tomado alguna decisión al respecto vinculante (provisional o definitiva), aquéllas son posibles. El intento de algunos miembros de la Comisión de que se prohibieran, durante las negociaciones, todo tipo de represalias fue rechazado sobre la base de que esta posición no se había aceptado por el tribunal arbitral en el caso del *Acuerdo relativo a los Servicios Aéreos*⁸⁰. La Comisión de Derecho Internacional descartó, pues, ir más allá de lo que el Derecho internacional general establece, negándose a prohibir las represalias mientras dos sujetos (Estados u Organizaciones internacionales) están negociando⁸¹.

B) El condicionamiento formal o procesal de las contramedidas en el Derecho internacional no se reduce a una serie de exigencias previas a su desencadenamiento, sino que *opera también en cuanto a la forma de ejercerlas in actu* (las contramedidas deben ser proporcionadas).

La Comisión de Derecho Internacional exigió *expressis verbis* (artículo 51 del Proyecto de 2001 y artículo 54 del relativo a las Organizaciones de 2011) tres criterios para medir la proporcionalidad: el *perjuicio sufrido*, la *gravedad del hecho ilícito* y el *impacto de la contramedida sobre “los derechos en cuestión”*, explicándose (respecto de esta última frase) que con ella se recogen los términos empleados por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Gabcikovo* (1997) y que alude tanto a los derechos del Estado (o en su caso Organización internacional) lesionado como a los del Estado (u Organización) autores del ilícito, pudiendo abarcar además los derechos de otros Estados (u Organizaciones) susceptibles de ser afectados⁸².

En el caso de las Organizaciones internacionales, si el hecho ilícito lesiona directamente a la Organización como tal, es ésta (y no Estados sus miembros) la que puede adoptar contramedidas; pero si resultaron lesionados tanto la Organización como sus Estados y Organizaciones miembros, la regla de la proporcionalidad debe aplicarse igualmente, lo que llevaría a evitar “reacciones excesivas” (comentario 4 al art. 54).

C) Ni por Estados ni por Organizaciones internacionales, en fin, cabe la adopción de contramedidas que impliquen desconocer la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales, las de carácter humanitario que prohíben las represalias, ni, en general, las que supongan desconocer cualquier obligación imperativa⁸³. La jurisprudencia internacional ha ratificado esta disposición en su aplicación entre Estados⁸⁴.

Tampoco puede una Organización internacional (ni un Estado) suspender, ni siquiera como contramedida:

⁸⁰ Sentencia de 9 de diciembre de 1978, párrafo 91, *Report of International Arbitral Awards*, Naciones Unidas, vol. XVIII, 2006, pp. 417 ss.

⁸¹ Artículo. 52.3 y 4 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado y comentarios 7 a 9 del mismo; y artículo 55.3 y 4 del Proyecto sobre las Organizaciones internacionales y comentario 3.

⁸² Artículo. 51 y comentarios 1 a 7 del Proyecto de 2001; el artículo 54 del Proyecto sobre las Organizaciones internacionales es más sucinto, pero sus comentarios revelan que la CDI aplica a estas las mismas ideas que maneja el mencionado artículo 51.

⁸³ Artículo. 50.1, letras a) a d) y comentarios núm. 2-10 del Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados y artículo 53.1, letras a) a d) y comentario 1 al Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones.

⁸⁴ Así, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Kupresic y otros* señaló expresamente con referencia a uno de ellos: “las represalias que consisten en la matanza de personas inocentes elegidas al azar, sin pruebas de su culpabilidad ni juicio alguno, son sin duda una violación flagrante de los principios más básicos relativos a los derechos humanos” (sentencia de 14 de enero de 2000 de la Sala de Primeras Instancia, *Prosecutor v. Zoran Kupresic, Mirjijan Kupresic, Vlatko Kupresic, Drago Jasipovic, Dragan Papic, Vladimirr Cantic /“Lasva Valley”*), causa N.IT-95-16-T, párrafo 529).

Y en el caso de los *Prisioneros de guerra*, de la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, también se hizo lo propio incluso con mayor concreción: “La suspensión por Etiopía de los intercambios de prisioneros de guerra no puede justificarse... como contramedida..., ya que, como destaca el artículo 50 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional..., dichas medidas no pueden afectar a ‘las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales’ ni a ‘las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias’” (Laudo parcial de 1 de julio de 2003, *Prisoners of War. Eritrea’s claim 17*, párrafo 159).

- De un lado, las obligaciones que tuvieren en virtud de un procedimiento de arreglo de controversias con el Estado o la Organización internacional autores del hecho ilícito previo. Esta disposición se refiere a los procedimientos de arreglo relacionados con la controversia en cuestión y no con otros problemas que pudieran enfrentar a los Estados u Organizaciones internacionales implicadas y no tuviesen conexión con el conflicto en concreto que da lugar a las contramedidas. Dichos procedimientos serían aplicables pues y pertinentes tanto respecto de la controversia inicial sobre un hecho ilícito como en relación con el tema de si las contramedidas adoptadas como respuesta son o no legítimas (artículo 53.2. a) del Proyecto de 2011).
- Y, de otro, tampoco pueden incumplirse, ni siquiera como contramedidas, las obligaciones a cargo del Estado o de la Organización internacional lesionados que protejan la inviolabilidad de las misiones diplomáticas o consulares del Estado y su personal o la de los agentes, locales, archivos y documentos de la organización internacional autores del ilícito, pues de no ser así resultaría perjudicada la institución misma de las relaciones diplomáticas y consulares que, por su importancia y función, debe preservarse siempre⁸⁵.

Por lo demás, y aunque está claro que en su tenor literal esta restricción sobre el derecho a la adopción de represalias que tienen Estados y Organizaciones internacionales “es claramente inaplicable a las organizaciones internacionales” el razonamiento de fondo en que la misma se basa sí lo es, de modo que la Comisión de Derecho Internacional ha entendido igualmente que un Estado o una Organización no pueden, como contramedida, dejar de cumplir las obligaciones sobre la inviolabilidad de los agentes de una organización internacional, sus locales, archivos y documentos que respecto de ella tengan⁸⁶.

43. A la luz, por todo ello, de la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional en sus Proyectos sobre la responsabilidad de los Estados (2001) y de las Organizaciones internacionales (2011), así como por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros*⁸⁷, las contramedidas se caracterizan en el Derecho internacional vigente por las siguientes notas:

- Se trata de comportamientos contrarios *prima facie* al Derecho internacional que se adoptan como respuesta a un hecho ilícito previo.
- Su única finalidad es la de incitar al autor del mismo a que cumpla las obligaciones que el Derecho Internacional de la Responsabilidad le impone, por lo que deben ir precedidas de un requerimiento al efecto al Estado responsable; las contramedidas, pues, deben ser reversibles, para que una vez el Estado responsable haya hecho frente a su deber pueda ser restablecida la situación anterior a la violación.
- Salvo las estrictamente provisionales y urgentes para la preservación de sus derechos, no pueden adoptarse contramedidas sin el requerimiento y la oferta de negociación apuntadas, no siendo por lo demás posibles (y de haberse desencadenado ya deben suspenderse) desde que el asunto se encuentre en manos de un tribunal capacitado para adoptar decisiones vinculantes y este ha decidido ya medidas cautelares o provisionales asimismo obligatorias.
- Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido.
- No pueden en ningún caso lanzarse contramedidas que incumplan las que la Comisión de Derecho Internacional llamó “obligaciones sacrosantas” que se recogen en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (2001) y en el que regula la responsabilidad de las Organizaciones (2011)⁸⁸.

⁸⁵ Artículo 50.2.b y comentarios 14-15 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

⁸⁶ Artículo 53.2.b) y comentario 2 del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

⁸⁷ Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *International Court of Justice Reports 1997*, pp. 7 ss., pp. 55-57.

⁸⁸ Párrafo 1 del comentario al artículo 50 de aquél y artículo 53 con sus comentarios de éste.

44. En el Derecho internacional clásico, las represalias sólo podían adoptarse por un *Estado lesionado*, esto es, el afectado directamente por el hecho internacionalmente ilícito de otro⁸⁹, pero el Derecho internacional contemporáneo cuenta, como sabemos (y además de las obligaciones “bilaterales”), con aquellas otras que sus sujetos contraen para con un “grupo de Estados” o para con la “comunidad internacional en su conjunto”⁹⁰. Siendo esto así, la violación de estas obligaciones no debería generar las mismas consecuencias que las derivadas de las que ligan únicamente a dos sujetos del Derecho internacional.

La clave son los artículos 48 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) y el 49 del relativo a las Organizaciones (2011); en ambos, se faculta a Estados u Organizaciones internacionales no lesionados a invocar la responsabilidad del autor de un ilícito si la obligación incumplida es “colectiva” o existente “con relación a la comunidad internacional en su conjunto”⁹¹.

A) Dado que la Comisión de Derecho Internacional aceptó, en su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), que los Estados no afectados directamente por un ilícito ven, sin embargo, conculcados también sus derechos por la violación de ciertas obligaciones internacionales y puesto que, como sabemos, los Estados directamente lesionados pueden, si el responsable no quiere hacer frente a sus obligaciones, aplicarle contramedidas (artículos 49-53), surgió la duda de si el Derecho internacional permitiría, asimismo, a Estados no directamente afectados por el ilícito de otro, y renuentes a purgar éste jurídicamente, la adopción de contramedidas. El supuesto límite, claro, era el de la violación de una norma imperativa puesto que éstas podrían ser, en caso tal, universales. La Comisión contestó afirmativamente dicha interrogante en el texto del Proyecto de artículos que aprobó provisionalmente en agosto del 2000⁹².

La hostilidad, sin embargo, de algunos de sus miembros a esta disposición fue tan notoria como la de diversos Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, forzando a la Comisión a renunciar a la decisión que había, provisionalmente, adoptado. Y esta, finalmente, vino a decir: si según el Derecho internacional del momento, los Estados no directamente lesionados por un ilícito están capacitados para adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación que lo hagan, pero de no es así no podrán hacerlo... Esto es, a la postre, lo que transmite el artículo 54 del Proyecto de artículos (2001):

“Este Capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado [u organización internacional], facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación, y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

A la postre, entonces, “un compromiso que pretende... dejar la solución del tema a futuros desarrollos del Derecho internacional y de la práctica”⁹³.

⁸⁹ Párrafos 1 y 8 de los comentarios introductorios al capítulo II de la Tercera parte del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.

⁹⁰ Artículo 33.1 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) y del relativo a las Organizaciones internacionales (2011).

⁹¹ *Vid. ad ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA, Actio popularis en Derecho Internacional?*, *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Editorial Marcos Lerner-Editora Córdoba, edición de Drnas Zlata-Lerner Marcelo y coordinación de Drnas Zlata., Córdoba (República Argentina), 2002, tomo I, pp. 549-575; ID.: “Las contramedidas de Estados ‘terceros’ por violación de ciertas obligaciones internacionales”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI (2001-2002), pp. 15-49.

⁹² El artículo 54 (*contramedidas tomadas por Estados que no sean lesionados*) decía:

“1. Todo Estado que esté habilitado en virtud del párrafo 1 del artículo 49 para invocar la responsabilidad de otro Estado podrá tomar contramedidas a petición y por cuenta de cualquier Estado que haya sido lesionado por la violación, en la medida en que este último Estado esté a su vez habilitado para tomar contramedidas en virtud del presente capítulo.

2. En los casos a que se hace referencia en el artículo 41 [19], cualquier Estado estará habilitado para tomar contramedidas, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo, en interés de los beneficiarios de la obligación violada.

3. Cuando más de un Estado tomen contramedidas, los Estados involucrados cooperarán a fin de que se cumplan las condiciones establecidas por el presente capítulo para la adopción de contramedidas” (A/CN.4/L.600, 21 de agosto de 2000, p. 21).

⁹³ J. CRAWFORD, *State responsibility. General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014 (3ª impresión de la 1ª ed.), p. 706.

En suma, la Comisión de Derecho Internacional sustituyó su intento por ofrecer *de lege ferenda* una *regulación* equilibrada entre la *conveniencia* de no desarrollar demasiado progresivamente el Derecho de la Responsabilidad y la *necesidad* de asumir que las consecuencias de la violación de obligaciones multilaterales (en especial las debidas a la comunidad internacional en su conjunto) no pueden ser las mismas que las que se derivan de la de una obligación bilateral; sustituyó, decimos, ese intento⁹⁴, por una *cláusula de salvaguardia* (idea del Reino Unido), con la que la Comisión *se lava las manos respecto de esta particular cuestión*. La decisión, en una oportunidad crítica como ésta y después de tantos años de trabajo, de posponer el paso adelante que hubiera iluminado el tema de las contramedidas de terceros en caso de violación grave del Derecho internacional, ya respecto de un Estado ya en relación con víctimas no estatales (como los seres humanos y sus derechos), no me parece acertada. ¿No era acaso posible aceptar en un texto de esta naturaleza lo que hace más de 20 años reconoció el Instituto de Derecho internacional?, esto es, que en el supuesto de violaciones gravísimas por un Estado de los derechos humanos, otros pueden adoptar contramedidas no armadas⁹⁵; ¿no era posible, dicho esto, exigir una mínima coordinación? ¿Es mejor callar, y que una situación incierta regule los hechos?

Tal vez es cierto que la práctica existente no resultaba definitiva. El examen que el Relator Crawford llevó a cabo sobre la adopción de „medidas“ que Estados no directamente lesionados habían desencadenado contra otro al que se considera culpable de violar obligaciones establecidas para con la comunidad internacional en su conjunto, la condujo a una valoración cautelosa por varias razones⁹⁶. Para la Comisión de Derecho Internacional misma, esta práctica es „incierta“, „escasa y concerniente a un número limitado de Estados“; de ahí que concluya entendiendo que:

“en la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo“, por lo que „en consecuencia, no es apropiado incluir en los presentes artículos...“⁹⁷.

Hay quien ha apoyado esta decisión⁹⁸. Para mí, se trata, pura y simplemente, de una “huida hacia delante”⁹⁹.

⁹⁴ “Que buscaba *limitar* y no expandir las circunstancias en que estas [contramedidas de terceros] podían adoptarse” (J.CRAWFORD *State responsibility. General Part, op. cit.* [nota 93 *supra*], p. 705)

⁹⁵ Resolución de Santiago de Compostela de 13 de septiembre de 1989 sobre la *protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, artículo 2, párrafos 2º y 3º) (disponible en www.idi-iil.org).

⁹⁶ La práctica estaba dominada por un grupo de Estados (el occidental); era selectiva, pues en casos similares a los que provocaron la “intervención” nada se hizo; y no siempre era posible justificar las reacciones de los Estados terceros como “contramedidas”, sino más bien como actos de mera “retorsión” o, incluso, cobijándose bajo la figura del “cambio de circunstancias” como causa de denuncia, terminación o suspensión de los tratados (Comisión de Derecho Internacional, párrafos 3-4 del comentario al artículo 54).

⁹⁷ Párrafos 3 y 6 del comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 54 de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001).

⁹⁸ Considerando que sería peligroso codificar las que este autor llama “medidas de solidaridad” en un mundo fragmentado, pues “daría a los actores poderosos demasiado fácilmente la posibilidad de regularizar como policial su posición”. Para el internacionalista finlandés, bastaría con tolerar el que un Estado recurra a medios formalmente ilegales para responder a violaciones ominosas de intereses comunitarios importantes, pero sin “juridificar” la tolerancia; así, sería la reacción de la comunidad ante una práctica, que seguiría siendo formalmente ilegal, la que fuera depurando qué conviene codificar y qué no (M.KOSKENNIEMI, “Solidarity measures: State responsibility as a new international order”, *British Yearbook of International Law*, LXXII [2001], pp. 337-356).

⁹⁹ Existe hoy una tendencia clara y, con toda probabilidad, no únicamente tan “occidental” como la Comisión de Derecho Internacional afirma (¿o es que no la han practicado también los Estados africanos respecto de una Sudáfrica con un régimen que aplicaba el *apartheid*?). Por todo ello, parecía razonable regular mediante una norma *de lege ferenda* esta zona gris. Dado que en relación con las crisis humanitarias más graves no podemos ver en Naciones Unidas un socio (siempre) fiable, el cese de genocidios o limpiezas étnicas hubiera podido encontrar en una regulación de las contramedidas un arma considerable, capaz acaso de provocar la reacción institucional, preferible sin duda, de la ONU; sobre todo ahora que el reconocimiento (2005) por el Secretario General de Naciones Unidas de la existencia de una *obligación internacional de proteger*, a cargo llegado el caso de la comunidad internacional en su conjunto, que habilitara a esta a adoptar las medidas necesarias, por medio del Consejo de Seguridad de dicha Organización, para impedir catástrofes humanitarias del tipo de los genocidios o las “limpiezas étnicas”, parece irse disolviendo (...).

Más aún, si el artículo 41.1 impone a todos el deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a una violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general (a las que se refiere el art. 40), ¿no

B) En el Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones internacionales (2011), la Comisión ha mantenido la regulación prevista para los Estados sobre esta cuestión, estableciendo que sus disposiciones no prejuzgan el derecho de los Estados y Organizaciones internacionales no lesionados, en caso de violación de obligaciones colectivas o para con la comunidad internacional en su conjunto, para adoptar contramedidas contra el Estado u Organización autores de tal violación (artículo 57).

En definitiva, no parecía llegado el momento de poder afirmar con la rotundidad necesaria que la práctica en esta cuestión tuviese la amplitud y, acaso, la precisión suficientes para haber generado ya, sin la menor sombra de duda, una norma de Derecho internacional general. El profesor Crawford, Relator Especial del tema en su etapa definitiva, todavía creía que:

“el análisis de la práctica estatal sobre el recurso a contramedidas colectivas no conduce a conclusiones claras”¹⁰⁰.

Y, no obstante, véase, también, *infra* párrafo 51 *in fine*.

45. Es mi intuición que, lenta pero inexorablemente, esta posición irá cambiando (de nuevo, véase *infra* párrafo 51 *in fine*).

Me ha llamado poderosamente la atención, en este sentido, la magnífica reflexión que sobre la aplicación de las contramedidas de Derecho internacional a las actividades de los Estados en el ciberespacio efectuó el Gobierno de Nueva Zelanda, en su declaración sobre el tema de 1 de diciembre de 2020.

Vuelvo sobre ella. A continuación, en el contexto en el que dicha declaración se hizo, cuando me refiera a las contramedidas en el *Manual de Tallinn 2.0*.

2.2. El Manual de Tallinn 2.0

46. El Manual asume básicamente la regulación de las represalias del Derecho internacional. Las considera (cibernéticas o no) causa de exclusión de la ilicitud¹⁰¹.

En él, su autor, el Grupo Internacional de Expertos defiende que las contramedidas no son invocables frente a ciberoperaciones de actores no estatales¹⁰². Piensa que el Derecho internacional impone obligaciones (como las de respetar su soberanía o la de la prohibición de la fuerza armada) a los Estados únicamente y no a los actores no estatales; no quiere decir con ello que las ciberoperaciones de esos grupos sean lícitas (probablemente violarían el Derecho interno del Estado objeto de las ciberoperaciones). Y en todo caso, el Estado atacado podría encontrar una causa de exclusión de la ilicitud que justificase medidas contra el actor no estatal (necesidad o legítima defensa)¹⁰³. Como llama la atención que estas dos causas de exclusión de la ilicitud sean aplicables y no las contramedidas, el Grupo de Expertos probablemente (pienso) ha descubierto que las causas que sí pueden lo permitirían por su texto y las contramedidas no:

— La necesidad porque el peligro que lo provoca no tiene por qué provenir de otro Estado:

“contrariamente a las contramedidas (Regla 20), la necesidad no depende de una conducta ilícita previa de otro Estado. El estado de necesidad puede ser causado por un desastre natural u otra situación que no tenga que ver con normas jurídicas internacionales”¹⁰⁴.

tendrían, entonces, todos los Estados en disposición de hacerlo que adoptar contramedidas (no armadas) si ello resultase necesario para conseguirlo?

¹⁰⁰ J.CRAWFORD, *State responsibility. General Part*, op.cit. (*supra* nota 93), p. 703.

¹⁰¹ M.N.SCHMITT, (General editor), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations, prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, regla 20, pp. 111-116

¹⁰² *Ibidem*, p. 113, comentario 7.

¹⁰³ M.N.SCHMITT (General editor), *Tallinn Manual 2.0 ... op. cit.* (nota 101 *supra*), p. 114, comentario 10.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 137, regla 26, comentario 9.

- La legítima defensa, porque el artículo 51 de la Carta no exige específicamente que su desencadenante (el ataque armado) sea obra, necesariamente, de un Estado. Tesis de Koijmann y Simma en los asuntos del Muro (2004) y de las actividades armadas en el territorio del Congo (2005), que la mayoría del Grupo Internacional de Expertos comparte¹⁰⁵. Repárese que el Grupo parece aceptar la doctrina *unable or unwilling State*...¹⁰⁶ y que en todo caso (la mayoría) defiende la invocación de la legítima defensa frente a actores no estatales en otro Estado.

En todo caso, los Expertos reconocieron que existe la tesis de quienes creen que las contramedidas sí pueden aplicarse a los actores no estatales, sobre todo en los casos en los que ningún Estado podría ser acusado de un hecho ilícito¹⁰⁷.

47. El Manual considera que las contramedidas son, en el ámbito de las actividades en el ciberespacio, causas de exclusión de la ilicitud que tienen el mismo objetivo y naturaleza que en el Derecho Internacional de la Responsabilidad, esto es, forzar al Estado autor del hecho ilícito previo a hacer frente a su responsabilidad¹⁰⁸.

Más recientemente, la Declaración del gobierno de Nueva Zelanda sobre el tema expone con mucha claridad esta posición¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 345, regla 71, comentario 19.

¹⁰⁶ Cuyo contenido describe muy bien el Informe con el que la Administración Obama, en los Estados Unidos, se despidió de la Casa Blanca: “ Los Estados, de conformidad con el derecho de legítima defensa individual o colectiva, cuando se enfrentan a un ataque armado *in actu* o inminente por grupos armados no estatales y el uso de la fuerza resulta necesario a causa de que el gobierno del Estado en el que la amenaza se localiza es incapaz o no desea prohibir el uso de su territorio a los actores no estatales en particular para llevar a cabo esos ataques (...) [pueden actuar] en legítima defensa contra los actores no estatales en el territorio de ese estado sin su consentimiento”; precisando, además, que esta posibilidad está admitida “por el derecho internacional consuetudinario” (*Report on the legal and policy framework guiding the United States’ use of military force and related national security operations*, The White House, december 2016, pp. 1-61, pp. 9-10. Sobre esta doctrina véase, M^a. J. CERVELL HORTAL, *La legítima defensa en el Derecho Internacional contemporáneo (Nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 228-237; ID., “Sobre la doctrina *unable or unwilling State* (podría el fin justifica los medios?)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018, pp. 77-100; ID., *La defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS): una reflexión jurídica preliminar desde el punto de vista del uso de la fuerza*, Documento de Investigación 11/2018, Instituto Español de Estudios Estratégicos, julio 2018 (<https://www.ieee.es>), pp. 1-30, p. 23.

¹⁰⁷ “ Considérese un caso en el que un grupo terrorista situado en un Estado lanza ciber operaciones contra otro Estado, y las operaciones resultan en daños físicos al hardware en territorio de este último. Si dicha operación hubiera sido conducida por un Estado habría, como mínimo, violado su soberanía (Regla 4). El primer Estado toma todas las medidas posibles para poner fin a las operaciones del grupo que se originan en su territorio de acuerdo con su deber de ejercer la debida diligencia (Reglas 6-7), pero finalmente fracasa y las operaciones persisten. El Estado blanco de los ciberataques, que continúa sufriendo daños a causa de las actividades del grupo, puede, según los defensores de esta tesis, de adoptar contramedidas contra el grupo incluso aunque estas medidas puedan violar la soberanía del primer Estado” (SCHMITT, M.N. [General editor], *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. [nota 101 *supra*], pp. 113-114, comentario 8 a la regla 20).

¹⁰⁸ *Ibidem*, regla 21, pp. 116-122.

¹⁰⁹ “18. Regardless of whether the activity amounts to an internationally wrongful act, a state may always attribute *political* responsibility for malicious state cyber activity and may always respond with retorsion (i.e. unfriendly acts not inconsistent with international law).

19. Where a state is subject to cyber activity that amounts to an internationally wrongful act, it may also invoke the international *legal* responsibility of the responsible state. States are responsible for internationally wrongful acts that can be attributed to them, including wrongful cyber activities. An internationally wrongful act can be attributed to a state if it was carried out by organs of the state, persons or entities empowered to exercise elements of governmental authority on behalf of that state, or agents acting on the instructions of, or under the direction or control of the state; or where the state acknowledges and adopts the act as its own. States may also be internationally responsible for aiding or assisting internationally wrongful cyber activity carried out by another state.

20. States should act in good faith and take care when attributing legal responsibility to another state for malicious cyber activity. While international law prescribes no clear evidential standard for attributing legal responsibility for internationally wrongful acts, a victim state must be sufficiently confident of the identity of the state responsible. What constitutes sufficient confidence in any case will depend on the facts and nature of the activity. While any legal attribution should be underpinned by a sound evidential basis, there is no general obligation on the attributing state to disclose that basis. However, a state may choose as a matter of policy to disclose specific information that it considered in making its attribution decision, and may be required to defend any such decision as part of international legal proceedings.

El Grupo de Expertos estuvo de acuerdo con el requisito exigido por la Comisión de Derecho Internacional de que, antes de lanzar contramedidas, el Estado debe notificar al Estado contra el que van a adoptarse que haga frente a su responsabilidad, advirtiéndole que de no hacerlo así deberá soportar represalias. Los Expertos piensan, además, que (en el caso particular de las ciberoperaciones) la exigencia resulta especialmente adecuada porque es posible, con relativa facilidad, que el origen del ciberataque sea falso o poco claro. En todo caso, el Grupo consideró altamente probable, en este tipo de operaciones, que no pueda cumplirse el requisito de la notificación, por el carácter urgente de las contramedidas que deben adoptarse a fin de evitar los daños pertinentes¹¹⁰ (las contra medidas de carácter urgente, por lo demás, han sido reconocidos por la Comisión en su Proyecto de Artículos de 2001, artículo 52.2).

No obstante la mayoría del Grupo consideró conforme a Derecho, contrariamente a lo que sostiene el Proyecto de la Comisión (2001), la adopción de contramedidas antes de intentar negociaciones y aun mientras estas se llevan a cabo. Acepta también la mayoría del Grupo que las contramedidas no deben iniciarse o, de haberse hecho, deben suspenderse una vez que la cuestión está en manos de un tribunal capacitado para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes y la conducta ilícita ha cesado¹¹¹.

48. El Manual aplica también el Derecho Internacional de la Responsabilidad en relación con los requisitos que el Estado lesionado por el hecho ilícito de otro debe respetar, *antes y durante* la práctica de las contramedidas. Así:

A) No pueden adoptarse contramedidas que:

- Afecten a los derechos humanos, al menos a los derechos libertades fundamentales.
- Estén prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario.
- Vulneren normas imperativas (el Manual cita el genocidio, precisando asimismo que aunque una minoría del Grupo Internacional de Expertos coincide con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en que la mayoría de normas de Derecho Internacional Humanitario son imperativas, la mayor parte de los expertos que conformaban el Grupo no lo veía así).
- Y deben respetar el Derecho Diplomático y Consular¹¹².

Hay una cuestión de interés sobre el uso de la fuerza (en principio, una norma imperativa) que me interesa aclarar. Si lo entiendo bien, una minoría del Grupo Internacional de Expertos defiende, con apoyo en la Opinión del juez Simma, del Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto de la *plataformas petrolíferas* (2003), la licitud de las contramedidas que impliquen un “uso menor” de la fuerza (pues no violaría, pienso yo entienden los Expertos, el núcleo duro de la prohibición) frente a ciber ataques ilegales que no lleguen al umbral de ataque armado (y no dan, pues, lugar a la invocación del derecho de legítima defensa)¹¹³.

21. If State A attributes internationally wrongful cyber activity to State B, State A may demand reparation and guarantees of non-repetition and/or utilise peaceful dispute resolution mechanism including the International Court of Justice where available. State A may also respond with countermeasures against State B (...)" (NEW ZEALAND, Foreign Affairs and Trade, Crown Law, *The application to International Law to State activity in Cyberspace*, 1 december 2020, pp. 1-4, pp. 3-4)..

¹¹⁰ M.N.SCHMITT (General editor), *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. (nota 101 supra), p. 120, regla 21, comentarios 10-11.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 120-121, regla 21, comentarios 13-14.

¹¹² M.N.SCHMITT (General editor), *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. (nota 101 supra), pp. 122-126, regla 22, comentarios 3-8.

¹¹³ “Según la mayoría del Grupo Internacional de Expertos, la obligación de abstenerse del uso de la fuerza es una limitación clave para un Estado lesionado mientras lleva a cabo contramedidas. Esta posición es consistente con la jurisprudencia del tribunal internacional de justicia [Corfu p. 35 y Nicaragua párrafo 249] y es replicada en el artículo 50 (1) (a) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado”.

“Una minoría de expertos considero que contramedidas que impliquen un uso de la fuerza son apropiadas como respuesta a un uso ilícito de la fuerza que no puede ser calificado de ataque armado (sea por medios cibernéticos o no). Estos expertos se basaron en la opinión del juez Simma que defendió un derecho limitado a tomar contramedidas que impliquen uso de la fuerza frente a operaciones cibernética ilícitas que se sitúan a medio camino entre los usos menos graves de la fuerza y los calificados de ataque armado a los efectos del derecho de legítima defensa” (SCHMITT, M.N. General editor), *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. [nota 101 supra], pp. 125-126, regla 22, comentarios 11, 13-14).

B) Las contramedidas, cibernéticas o no, deben ser proporcionales al daño sufrido, como la Comisión de Derecho Internacional mantuvo en su Proyecto (2001):

Pero “proporcionalidad no implica reciprocidad; no es necesario que las contramedidas del Estado lesionado violen la misma obligación quebrantada por el Estado responsable. Ni tampoco es obligado que las contramedidas sean de la misma naturaleza que el hecho internacionalmente ilícito subyacente que las justifica. Contramedidas no cibernéticas pueden ser usados como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito que implica operaciones cibernética y viceversa. No obstante, por lo general el requisito de la proporcionalidad puede probablemente ser más fácilmente respetado, o al menos puede más fácilmente considerarse que ha sido respetado, cuando las contramedidas son del mismo tipo”¹¹⁴.

Nueva Zelanda, en su Documento de 1 de diciembre de 2020, acepta en esencia esta posición¹¹⁵.

49. El *Manual de Tallinn 2.0*, en fin, no parece aprobar las eventuales represalias de terceros. Sólo los Estados lesionados pueden adoptar contramedidas, sean cibernética has o no:

“Por ejemplo, una firma tecnológica de información no puede actuar por su propia iniciativa para responder a una ciber operación dañosa que se llevó contra ella proclamando su respuesta con una contramedida. Para ilustrar la cuestión, Sony que sufrió ciberoperaciones maliciosos en 2014, que se atribuyeron a Corea del Norte, no estaba titulada para responder con un hackeo como contramedida según el Derecho de la Responsabilidad del Estado. El derecho de adoptar contramedidas se reserva a Estados Unidos, asumiendo que la operación contra Sony pudiera calificarse de un hecho internacionalmente ilícito (regla 14) de Corea del Norte contra Estados Unidos, por ejemplo por violación de su soberanía (regla 4)”¹¹⁶.

Pero

“Nada impide, sin embargo, a un Estado lesionado dirigirse a una firma privada, compañías extranjeras incluso, para adoptar en su nombre contramedidas frente a los Estados responsables. En este caso, las ciberoperaciones de la compañía serían, por lo general, imputables al Estado lesionado (regla 17). Las ciberoperaciones en cuestión estarían sujetas a todas las restricciones y condiciones relevantes condiciones de las contramedidas”¹¹⁷.

No hubo acuerdo en el Grupo sobre si eran posibles las contramedidas de Estados no lesionados en casos de violación de obligaciones *erga omnes* (artículo 48.1 del Proyecto de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001)¹¹⁸.

Aunque en relación con las obligaciones *erga omnes*, la regla 30 del Manual de Tallin 2.0¹¹⁹ reconoce a cualquier Estado el derecho a invocar la responsabilidad de otro por ciberoperaciones que supongan la violación de obligaciones internacionales *erga omnes*, su texto parece limitarse a reconocer el derecho de invocar la responsabilidad, sin más. Y ello en dos sentidos:

¹¹⁴ M.N.SCHMITT [General editor], *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. ([nota 101 *supra*]), pp. 128-129, regla 23, comentario 7.

¹¹⁵ “Countermeasures are otherwise internationally wrongful acts that are permitted when undertaken to induce another state to comply with its obligations under international law. They may include, but are not limited to, cyber activities that would otherwise be prohibited by international law. Any countermeasure must:

- a. be undertaken to induce compliance by the state in breach of international law;
- b. be directed at the state responsible for the internationally wrongful act;
- c. not rise to the level of use of force or breach peremptory norms of international law; and
- d. be necessary and proportionate” (NEW ZEALAND, Foreign Affairs and Trade, Crown Law, *The application to International Law to State activity in Cyberspace*, op. cit. [nota 109 *supra*]), apartado 21. Véase también los apartados 25 (International Humanitarian Law) y 26 (International Human Rights Law).

¹¹⁶ M.N.SCHMITT (General editor), *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. (nota 101), p. 130, regla 24, comentario 2.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 131, regla 24, comentario 3.

¹¹⁸ “No está regulado si los Estados a los que se refiere el artículo 48.1 pero no son directamente lesionados por el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito hito pueden recurrir a contramedidas distintas de las medidas lícitas como la retorsión para conseguir el cese de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación el grupo internacional de expertos no pudo conseguir consenso en este tema” (*Ibidem*, p. 131, regla 24, comentario 5).

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 152-153 (como el artículo 48 del Proyecto de la CDI).

- De una parte, no descarta la regla del Derecho internacional de que un tercero solo podrá exigir al autor la reparación del hecho ilícito ante un órgano o tribunal con jurisdicción sobre el caso¹²⁰
- De otra, y en relación a las eventuales contramedidas de Estados no lesionados directamente, se remite a la regla que regula las contramedidas en el Derecho internacional¹²¹, y en la que no hubo acuerdo sobre las contramedidas de terceros.

Más fácil parece invocar al efecto la figura de la necesidad como respuesta¹²².

Se planteó y debatió, además, en particular si un Estado no lesionado podría adoptar contramedidas en apoyo de un Estado lesionado, si este le pide esta ayuda al efecto:

“Algunos expertos eran de la opinión que un Estado no lesionado puede adaptar contramedidas como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido contra un Estado lesionado si este último se lo pide. Y basaron su punto de vista en cierta práctica estatal tal y como la identificó la Comisión de Derecho Internacional [párrafos 3 y 4 del comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 54]. La mayoría de los expertos sin embargo tomó la postura de que, como se regula en el juicio de Nicaragua [párrafo 249] las contramedidas tomadas en nombre de otro Estado son ilícitas. Estos expertos notaron que la comisión de derecho internacional indicó que la práctica arriba mencionada era ‘escasa e implicaba a un número limitado de Estados’” [comentario 6 al artículo 54]¹²³.

También se debatió si un Estado no lesionado puede prestar asistencia al Estado lesionado en las contramedidas que este mismo adopte en relación con el Estado responsable:

“Aunque la mayoría era de la opinión de que los Estados no pueden lícitamente adoptar contramedidas el nombre de otro Estado, los miembros del grupo se dividieron sobre si el Estado podía prestar asistencia a otro en la adopción por este último de contramedidas. El problema se plantearía, por ejemplo, si un Estado aporta guía o cómo conducir un hackeo de respuesta que pueda calificarse como contramedida o información compartida en relación con las vulnerabilidades de la ciber infraestructura del Estado responsable”.

Respecto de esta particular cuestión, los Expertos se dividieron en tres grupos:

“no obstante lo cual, todos los expertos estuvieron de acuerdo en que si un Estado ayuda o asiste en una ciber operación que no consigue ser calificada como contramedida, puede ser considerado responsable por ayudar o asistir a un hecho internacionalmente ilícito (regla 18)”¹²⁴.

La reciente posición (1 diciembre 2020) del gobierno de Nueva Zelanda es muy clara: sí a la prestación de su ayuda a un Estado objeto de ciberataques, que lo solicite, en la adopción contra el Estado autor de contramedidas¹²⁵.

50. Conviene apuntar, en fin, por tener en cuenta la práctica internacional reciente, los casos del Reino Unido y de Francia.

¹²⁰ NEW ZEALAND, Foreign Affairs and Trade, Crown Law, *The application to International Law to State activity in Cyberspace*, op. cit. (nota 109 *supra*), apartado 22.

¹²¹ M.N.SCHMITT (General editor), *Tallinn Manual 2.0 ...*, op. cit. (nota 101 *supra*), p. 152, regla 30, comentario 1.

¹²² *Ibidem*, p. 152, regla 30, comentario 1 también.

¹²³ *Ibidem*, p. 132, regla 24, comentario 7.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 132, regla 24, comentario 9 *in fine*.

¹²⁵ “Given the collective interest in the observance of international law in cyberspace, and the potential asymmetry between malicious and victim states, New Zealand is open to the proposition that victim states, in limited circumstances, may request assistance from other states in applying proportionate countermeasures to induce compliance by the state acting in breach of international law. In those circumstances, collective countermeasures would be subject to the same limitations set out above” (NEW ZEALAND, Foreign Affairs and Trade, Crown Law, *The application to International Law to State activity in Cyberspace*, op. cit. (nota 109 *supra*), apartado 22).

En 2016, el Concepto sobre Ciberdefensa del Reino Unido expuso tan sucinta como adecuadamente, la aplicación de estas normas del Derecho internacional en vigor a las actividades en el ciberespacio:

“An internationally wrongful act committed by a state entitles the injured state to take proportionate countermeasures. Countermeasures are actions: In light of a refusal to remedy the wrongful act; directed against the other state to induce compliance with its obligations; and which are proportionate”¹²⁶.

Francia ha defendido (septiembre 2019), con mucha claridad, y de acuerdo con el Derecho Internacional de la Responsabilidad expuesto, su derecho a adoptar contramedidas “como respuesta a un ciberataque constitutivo de una violación del Derecho internacional (incluso el de un recurso a la fuerza) a fin de hacer respetar y proteger sus intereses y de forzar al Estado responsable a hacer frente a sus obligaciones”¹²⁷. Añadiendo dos precisiones:

— Una:

“elles [les contremésures] s’inscrivent, par conséquent, dans une réponse de nature pacifique et ont pour unique but la cessation de la violation initiale”

— Y, la segunda

“L’Etat victime peut, dans certaines circonstances, déroger à l’obligation de notifier préalablement l’Etat responsable de la cyberopération, lorsqu’il existe une nécessité à protéger ses droits. Cette possibilité d’adopter des contre-mesures urgentes est d’autant plus à propos dans le cyberspace étant donné la prédominance des procédés de dissimulation et les difficultés de traçabilité”¹²⁸.

51. Una vez expuestas las disposiciones del Derecho Internacional de la Responsabilidad (centrándonos en el caso de las contramedidas) y la posición adoptada por el Manual de Tallin 2.0, es relevante destacar que la Comisión de Derecho Internacional se ha ratificado, en 2019, a propósito de “las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*)”, en dos cuestiones de interés de las que he hecho mención: ni *actio popularis* ni contramedidas de terceros.

A) Ni *actio popularis* (...). El párrafo 2 de la conclusión 17, con base en el artículo 48 del Proyecto de la Comisión de 2001, acepta la invocación por Estados no lesionados de la responsabilidad del Estado que haya violado obligaciones emanadas de normas imperativas¹²⁹.

Pero ya quedó claro en el Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*) que el hecho de que la norma incumplida sea de *ius cogens* no es causa bastante para justificar la jurisdicción del tribunal ante el que eventualmente un Estado (lesionado o meramente habilitado) invoca la responsabilidad del autor del ilícito¹³⁰.

¹²⁶ MINISTRY OF DEFENCE (DEVELOPMENT, CONCEPTS AND DOCTRINE CENTRE). *Cyber Primer. Second edition, July 2016*, pp. 1-100, p. 12, apartado 1A.2 (del Anexo 1A. International law aspects) (<https://www.gov.uk/mod/dcdc>)

¹²⁷ MINISTÈRE DES ARMÉES. REPUBLIQUE FRANÇAISE, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 de septiembre de 2019, pp. 1-18, p. 8 (<https://www.defense.gouv.fr>).

¹²⁸ MINISTÈRE DES ARMÉES. REPUBLIQUE FRANÇAISE, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace, op. cit.* (nota 127 *supra*), p. 8. Repárese en que Francia comparte la importancia de las contramedidas, dada la naturaleza de las mismas, en el ámbito en especial de las actividades en el ciberespacio, que el Grupo Internacional de Expertos que elaboró el Manual de Tallinn defendió (*supra* párrafo 46).

¹²⁹ Vid. C.GUTIÉRREZ ESPADA, *De la alargada sombra del ius cogens*, Comares, Granada, 2021, pp. 4-9; también RUEDA FERNÁNDEZ, C., “La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario de Acción Humanitaria y de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, núm. 2/2005, pp. 67-130, pp.105-110.

¹³⁰ Vid. C.GUTIÉRREZ ESPADA, *De la alargada sombra del ius cogens, op. cit.* (nota 129 *supra*), pp. 52, 60-62, 143-144.

Hubo propuestas en otro sentido. Así, se expresó la opinión en el seno de la Comisión de que el Proyecto de conclusiones, dando un paso adelante en el desarrollo progresivo (opinión que el Informe de la Comisión recogió), respecto del proyecto de conclusión 14.2 del Relator, debía estipular:

“que el consentimiento del Estado a la competencia del Tribunal Internacional de Justicia no era necesario en el caso de las controversias relativas al *ius cogens*”¹³¹.

Y, por si las dudas, en efecto, el Sr. Cissé propuso *expressis verbis* un texto que, entiendo yo, viene a reconocer claramente el concepto de *actio popularis*:

“En vista de las observaciones que ha formulado, el orador propone que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 14 diga lo siguiente: ‘El hecho de que una controversia se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es suficiente para establecer, prima facie, la competencia de la Corte [Le fait qu’un différend mette en cause une norme impérative du droit international general (*ius cogens*, suffit à établir, prima facie, la compétence de la Cour)]. Esta formulación implica que puede establecerse la competencia incluso sin el consentimiento de las partes”¹³²

No se tuvieron en cuenta estas propuestas.

Me parece de interés la opinión sobre el tema del juez Bennouna, en su Curso General de La Haya (2016). El internacionalista marroquí valora el distinto alcance de las obligaciones internacionales en atención al interés jurídico que protegen. Estudia, en particular, las obligaciones *erga omnes*, en su concreción por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia¹³³ y las conecta con el artículo 48 del Proyecto de la Comisión sobre la responsabilidad internacional del Estado, en cuya virtud todo Estado, y no solo el afectado directamente por el hecho ilícito de otro, en los supuestos de violación de este tipo de obligaciones puede exigir, incluso en tu tribunal con jurisdicción en el caso, la responsabilidad del Estado culpable¹³⁴.

Y de no poco interés me parece su reflexión, no se percibe que la conclusión 17, párrafo 2, de la Comisión de Derecho Internacional haya movido los sujetos a seguirla en la práctica:

“Estados, considerados individualmente se mueven por motivos de orden político, buscando solo la defensa de su propio interés. Y son reticentes a comprometerse en una controversia con otros Estados en defensa de un interés colectivo”¹³⁵.

B) Ni contramedidas de terceros. El Proyecto de conclusiones de la Comisión (2019) no extiende las consecuencias del *ius cogens* a todos los aspectos del Derecho Internacional de la Responsabilidad.

¹³¹ “Capítulo VIII. Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018). Asamblea General. Documentos Oficiales Septuagésimo tercer período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2018, pp. 244-260, p. 253, párrafo 124

¹³² A/CN.4/SR.3420, 4 de julio de 2018, pp. 1-16, p. 4.

¹³³ Sentencia de 18 de julio de 1966, asunto del Sudoeste africano (Etiopía c. África del Sur; Liberia c. África del Sur), segunda fase, *International Court of Justice Reports 1966*, pp. 6 ss.; sentencia de 5 de febrero de 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), *International Court of Justice Reports 1970*, pp. 3 ss.; dictamen consultivo de 8 de julio de 1996, licitud de la utilización de las nucleares por un Estado en un conflicto armado, *International Court of Justice Report 1996*, pp. 66 ss.; dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado, *International Court of Justice Reports 2004*, pp. 136 ss.; sentencia de 20 de julio de 2012, cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), *International Court of Justice Reports 2012*, pp. 422 ss.

¹³⁴ Sobre el artículo 48 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su relevancia recuérdese, ahora, en *vid.* C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.* (nota 72 *supra*), pp. 133-164; ID., “¿Actio popularis en Derecho Internacional?”, *op. cit.* (nota 91 *supra*), pp. 549-576.

¹³⁵ M. BENNOUNA, *Le Droit International entre la lettre et l’esprit*, The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Brill, M. Nijoff, La Haya, 2017 (es el texto completo del Curso general de Derecho Internacional público impartido en La Academia de Derecho Internacional de La Haya y publicado en los *Recueil des Cours/Collected Courses*, vol. 383, 2016), pp. 114-115, párrafo 284.

Miembros de la Comisión pidieron que se abordaran al menos ciertas cuestiones, como las que regulaban los artículos 48 (invocación de la responsabilidad por Estados no directamente lesionados) y el artículo 50.1 (contramedidas) de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.¹³⁶

El Relator Especial, Sr. Tladi, se oponía al estudio, en el Proyecto de conclusiones, de las contramedidas, cuyo concepto calificaba de controvertido y delicado; mejor (era su opinión) no tratarlo (...) ¹³⁷. Y la Comisión la tuvo en cuenta.

A una conclusión similar debió llegar, posiblemente, el juez Bennouna en su Curso General de La Haya (2016), en el que aborda la aplicación forzosa, en su caso, respecto al Estado autor de un hecho ilícito de las consecuencias que el Derecho internacional tiene previstas para quienes incumplen sus mandatos. El profesor Bennouna constata la enorme diferencia que, en cuanto a la aplicación (coercitiva de ser necesario), existe entre el Derecho internacional y los Derechos internos.

Aquel no cuenta con un sistema institucional que pueda, de ser el caso, hacer cumplir las normas; al menos con carácter general. Porque el que existe (y comparto, punto por punto, la reflexión del internacionalista y juez marroquí) no es fiable, por razones de todos conocidos; Mohamed Bennouna indica que el capítulo VII de la Carta otorga al Consejo de Seguridad poderes importantes de naturaleza coercitiva, añadiendo:

“pero también sabemos que, por su composición, los poderes concedidos a sus miembros permanentes, y el objetivo primario que persigue, el mantenimiento de la paz, este órgano también opera en función de consideraciones de oportunidad política”¹³⁸.

En el Derecho internacional vigente, solo las contramedidas pueden servir de herramientas (de autotutela, sin duda) que ayuden a hacer cumplir el Derecho internacional a Estados que espontáneamente se resisten a hacerlo. Lo importante era regularlas con cuidado, a partir de la práctica existente. Y eso ha hecho el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, cuyas disposiciones en este tema son en conjunto (no comparto la duda de Bennouna) Derecho internacional consuetudinario¹³⁹.

Precisamente por esto hubiera sido conveniente que el Proyecto sobre Responsabilidad hubiese concretado más el tema de las contramedidas en dos supuestos concretos:

- Uno, en qué medida podrían jugar para cumplir la obligación que todo Estado tiene que cooperar para poner fin a la violación grave de normas imperativas o acabar con sus consecuencias.
- Y dos, hasta qué punto y con qué límites o condiciones los sujetos no directamente lesionados podrían, en los supuestos previstos por el artículo 54 del Proyecto, adoptar contramedidas contra el culpable.

Y, desde luego, el Proyecto de Conclusiones (2019) no hizo intento alguno de avanzar sobre la situación actual planteada por el artículo 54 del Proyecto de la Comisión de 2001 sobre la responsabilidad del Estado.

Omite, por el contrario, el problema de las eventuales contramedidas de terceros¹⁴⁰. Que nadie “vió” (...), con la excepción de un miembro de la Comisión, el Sr. Reinish:

¹³⁶ Entre otros, el Sr. Park (A/CN.4/SR.3416, 1 de junio de 2018, pp. 1-18, p. 17) y la Sra. Galvao Teles (A/CN.4/SR.3419, 3 de julio de 2018, pp. 1-18, p. 4).

¹³⁷ C. GUTIÉRREZ ESPADA, *De la alargada sombra del ius cogens*, op. cit. (nota 129 supra), pp. 75-76.

¹³⁸ M. BENNOUNA, *Le Droit International entre la lettre et l'esprit...*, op. cit. (nota 135 supra), p. 135, párrafo 345.

¹³⁹ En todo caso, las contramedidas no forman parte en tanto que tales, del derecho internacional consuetudinario pues ello supondría pura y simplemente consagrar la relación de fuerza en la escena internacional” (M. BENNOUNA, *Le Droit International entre la lettre et l'esprit...*, op. cit. [nota 135 supra], p. 136, párrafo 346). Sobre mi posición respecto de las contramedidas, GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, op. cit. (nota 72 supra), pp. 164-218; ID.: “Función y límites de las represalias (o contramedidas)...”, op. cit. (nota 74 supra), pp. 555-575.

¹⁴⁰ Sobre la importante cuestión, no absolutamente cerrada, de las eventuales contramedida de Estados o de Organizaciones «terceros», esto es, que no resultan directamente lesionados por un Estado u otra Organización internacional que cometen una

“El problema de las contramedidas no se menciona en el Informe. Una discusión, por ello, y potencialmente una disposición explícita relativa al derecho de terceros Estados a tomar contramedidas contra un Estado que ha violado una obligación con efectos *erga omnes*, podría demostrar ser una adición útil al trabajo de la Comisión. La imposición de contramedidas como una consecuencia de la violación de obligaciones *erga omnes* que, como se ha mencionado supra, incluyen las normas imperativas de derecho internacional general, fue expresamente establecida en la resolución 2005 del Instituto de Derecho Internacional sobre obligaciones *erga omnes* en derecho internacional, el artículo 5 c) de la cual dice: ‘si se reconoce ampliamente que una violación grave de una obligación *erga omnes* ocurre, todos los Estados respecto de los que la obligación se debe (...) están habilitados a tomar contramedidas no coercitivas (*non-forcible*) bajo condiciones análogas a aquéllas que se aplican a un Estado especialmente afectado por la violación”¹⁴¹

Yo mismo he defendido, en su momento, algo muy parecido¹⁴². Y, aún aceptando lo delicado de la cuestión y la necesidad de insistir en la adopción de todas las cautelas posibles, no diría la verdad si afirmo, ahora, que ya no lo pienso así. Para este autor al menos, la posibilidad de contramedidas de terceros, con todos los requisitos exigibles, para forzar a quien no quiere a cumplir su deber con el Estado lesionado o las víctimas de la obligación violada, también hubiera sido una muestra de coraje.

Se que esta opinión no es compartida por todos; por doctrina, incluso, que respeto y admiro¹⁴³. Y, sin embargo (...). Qué salida cabe cuando el Sistema, ante hechos terribles, no reacciona (...). Esa misma doctrina que citaba, admite que el recurso actual a acciones de autotutela del tipo de la que he comentado tiene que ver con inacciones clamorosas del Consejo de Seguridad¹⁴⁴.

Más aún, y me pregunto, ¿qué son las “sanciones” y las “medidas coercitivas” adoptadas por muchos Estados y alguna Organización internacional (sujetos no lesionados directamente por la violación del Derecho internacional imperativo cometida por Rusia) contra este país por su agresión a Ucrania y por seguir en su territorio?

52. Y para terminar, conviene aclarar un extremo. En la práctica, las “sanciones” o “medidas coercitivas” que un Estado u Organización internacional víctima de un ciberataque adopta contra los autores del mismo no tienen por qué implicar la adopción de contramedidas contra un Estado. Significativo es el caso de las que decidió imponer la Unión Europea y he comentado *supra*; al adoptarlas, la misma Unión aclara que su decisión no debe interpretarse en el sentido de que considera los ciberataques sufridos imputables a un Estado concreto¹⁴⁵.

violación grave de normas imperativas *vid.* RUEDA FERNÁNDEZ, C., “La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas...”, *op. cit.* (*supra* nota 129), pp. 111-115, 115-121; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “¿*Quo vadis* Responsabilidad? (Del ‘crimen internacional’ a la ‘violación grave de las normas imperativas’)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (CEBDI), vol. V (2001), pp. 383-564, pp. 523 ss., 540 ss.; ID., “Las contramedidas de Estados ‘terceros’”, *op. cit.* (nota 91 *supra*), pp. 15-49; ID., *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.* (nota 72 *supra*), pp. 198-205; ID., “La aplicación o ejecución forzosa del Derecho Internacional”. *op. cit.* (nota 74 *supra*), pp. 585-595; ID., *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), Comares, Granada, 2011, pp. 196-206; ID., “Función y límites de las represalias (o contramedidas) en el Derecho Internacional contemporáneo”, *op. cit.*, (nota 74 *supra*), pp. 569-575.

¹⁴¹ A/CN.4/SR.3419, 3 de julio de 2018, pp. 1-18, p. 18.

¹⁴² *Vid. supra* las obras que cito en la nota 140 *supra*.

¹⁴³ Así, el artículo 54 del proyecto de la Comisión sobre responsabilidad del Estado, como hemos visto, no considera formada regla alguna que legitime las contramedidas de terceros, pero deja abierta la puerta a ulteriores desarrollos a que pueda llevar la evolución del Derecho Internacional. Incluso cautelas de este tipo preocupan a ese sector doctrinal al que me referido. Ha escrito así recientemente Paz Andrés: “pues supone volver a una práctica mantenida en los años 80 del siglo XX por Estados Unidos y algunos Estados occidentales en casos como el asunto de los rehenes americanos en Irán, la intervención de la URSS en Afganistán o la guerra de las Malvinas, que se consideraba superada y cuya conformidad con el Derecho Internacional era francamente dudosa. En la actualidad, la tardanza del Consejo de Seguridad en adoptar medidas en algunos casos de violaciones graves de los derechos humanos ha vuelto a alimentar esta práctica, como ha sucedido con la crisis abierta en Siria desde marzo de 2011, en la que los Estados Unidos y la Unión Europea adoptaron medidas contra ese Estado antes de que lo hiciera el Consejo” (P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Civitas-Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, 6ª ed., pp. 313-314).

¹⁴⁴ *Vid. supra* nota anterior.

¹⁴⁵ *Vid. supra* párrafo 39 y notas 69 y 70.

Para que un Estado pueda adoptar acciones (cibernéticas o no) contra otro, que respondan a la figura de las contramedidas según el Derecho internacional, debe haber sufrido un ciberataque que pueda imputarse a un Estado o, eventualmente, otro sujeto de Derecho internacional, en aplicación de las reglas sobre imputación o atribución de los hechos ilícitos según el Derecho Internacional de la Responsabilidad y, además, que ese ciberataque implique la violación de una norma internacional en vigor para el autor del mismo. Permítaseme recordar, de nuevo, la Declaración de Nueva Zelanda de 1 de diciembre de 2020:

“Regardless of whether the activity amounts to an internationally wrongful act, a State may always attribute *political* responsibility for malicious state cyber activity and may always respond with retorsion (i.e. unfriendly acts not inconsistent with international law).

Where a State is subject to cyber activity that amounts to an internationally wrongful act, it may also invoke the international *legal* responsibility of the responsible state. States are responsible for internationally wrongful acts that can be attributed to them, including wrongful cyber activities. An internationally wrongful act can be attributed to a State if it was carried out by organs of the States, persons or entities empowered to exercise elements of governmental authority on behalf of that State, or agents acting on the instructions of, or under the direction or control of the State; or where the State acknowledges and adopts the act as its own. States may also be internationally responsible for aiding or assisting internationally wrongful cyber activity carried out by another State”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ NEW ZEALAND, Foreign Affairs and Trade, Crown Law, *The application to International Law to State activity in Cyberspace*, *op. cit.* (nota 109 *supra*), apartados 18-19.

Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional privado)

International Agreements Regulated by European Directives (Private International Law)

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Orcid ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7172

Resumen: El presente estudio analiza los problemas de Derecho aplicable que se plantean en los contratos internacionales objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales; siendo éste un tema clave del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia contractual.

Palabras clave: Derecho internacional privado europeo, contratación internacional, Directivas europeas sectoriales, problemas de Derecho aplicable, Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Abstract: This study analyses the law applicable treatment to the international agreements regulated by European Directives. It is necessary to find a solution to that problem in the frame of the European Private International Law.

Keywords: European Private International Law, international agreements, European Directives, conflict of law solutions, “Rome I” Regulation on the law applicable to contractual obligations.

Sumario: I. Contexto: problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales. II. Premisa de partida: el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la necesidad de coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material. III. Cauces para alcanzar el principio de conciliación entre los instrumentos del Derecho internacional privado de la Unión Europea con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación IV. El principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial. 1. Contexto y marco normativo. 2. La necesidad de alcanzar una coherencia valorativa entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE.

I. Contexto: problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales

1. En el seno de la Unión Europea, se vislumbra una amplia diversidad normativa en materia contractual y, más en concreto, en determinados sectores de la contratación internacional¹. En el pre-

¹ Este estudio se enmarca en las tareas de investigación previstas en el Proyecto de Investigación “Nuevos retos en el Derecho del Seguro: Hacia un mercado asegurador más transparente y competitivo” (núm. de referencia DER2017-8793-P), de

sente estudio nos vamos a referir a los contratos internacionales en los cuales se produce la referida concurrencia normativa, así como a los mecanismos o cauces a los que se puede recurrir en aras de hacer frente a los problemas de coordinación o delimitación entre los instrumentos europeos que regulan tales categorías contractuales.

2. Por un lado, nos encontramos con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, a las cuales se las denomina habitualmente como Directivas europeas sectoriales. Dichas Directivas de la Unión Europea, que cada vez son más numerosas, contienen, fundamentalmente, una regulación material para determinados tipos contractuales muy habituales tanto en la práctica interna como internacional. En concreto, las categorías contractuales, de carácter tanto interno como internacional, objeto de regulación por las señas Directivas de la Unión Europea sectoriales, son las siguientes.

En primer lugar, cabe señalar que el sector de la contratación objeto de regulación por un mayor número de Directivas sectoriales de la Unión Europea es el del consumo. Tales Directivas conforman lo que se ha denominado como “Derecho privado comunitario de consumo”². Las Directivas europeas sectoriales que regulan los contratos de consumo suelen tener la consideración de Directivas “de mínimos”, ya que las mismas, tal como se desprende de sus Considerandos y articulado, consagran una base mínima de normas comunes de protección del consumidor en el marco del espacio europeo. De este modo, las referidas Directivas otorgan al consumidor unos derechos mínimos básicos, al permitir que los Estados miembros de la Unión Europea, dentro del respeto de los Tratados y en el ámbito de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, puedan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección mediante disposiciones más estrictas que las contempladas en las correspondientes Directivas³.

En segundo término, es preciso poner de relieve que los contratos de trabajo también son objeto de regulación por numerosas Directivas de la Unión Europea sectoriales⁴. Entre tales Directivas europeas, destaca claramente la 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 servicios⁵, la cual otorga determinados “derechos laborales mínimos” a los trabajadores que hayan sido desplazados

la convocatoria 2017, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, dentro del Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia en el marco del Plan Estatal de I + D + I; gestionado por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

² Vid. E. SANJUÁN Y MUÑOZ (Director), *La protección de los intereses económicos de los consumidores en las Directivas europeas*, 2022, Ley 57 Formación, 1ª ed., el cual lleva a cabo un análisis de la protección conferida a los consumidores por la UE, a través de Directivas, que abarcan una multitud de ámbitos de la vida de las personas (compras, viajes, uso de productos y servicios bancarios, etc.), a la par que estudia el modo en que se han transpuesto las Directivas de consumo al ordenamiento jurídico español.

³ Entre las numerosas Directivas europeas de consumo se encuentran las siguientes: la Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DOCE*, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29); la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DOCE*, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19); la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (*DOCE*, de 7 de julio de 1999, núm. L 171/12); así como 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 (*DOUE*, de 18 de diciembre de 2019, núm. 328/7).

⁴ Vid., entre otras muchas, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*DOCE*, de 29 de junio de 1989, núm. L 183/1); la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (*DOCE*, de 18 de octubre de 1991, núm. L 288/32); la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DOCE*, de 13 de diciembre de 1993, núm. L 307/18); la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DOUE*, de 18 de noviembre de 2003, núm. L 299/9); la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (*DOUE*, de 30 de abril de 2014, núm. L 128/8); así como la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (*DOUE*, de 11 de julio de 2019, núm. L 186/105).

⁵ *DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18/1.

temporalmente. La mentada Directiva 96/71/CE ha sido posteriormente modificada por las instituciones europeas, en concreto, por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶. Tal como ha puesto de relieve el Considerando 34 del Reglamento “Roma I”, la norma de conflicto, reguladora del contrato individual de trabajo, no debe de ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, contenidas en la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

En tercer lugar, otro sector de la contratación de enorme relevancia tanto en la práctica interna como internacional, objeto de regulación por una Directiva europea sectorial, es el contrato internacional de agencia comercial. Y, más específicamente, la susodicha categoría contractual es regulada, en el marco del espacio europeo, por la veterana y controvertida Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes⁷. Dicha Directiva de la Unión Europea, que fue objeto de un largo y tortuoso proceso de elaboración, tiene igualmente la consideración de Directiva “de mínimos”. La aludida Directiva de agencia de la Unión Europea, que es una de las Directivas más veteranas en el sector contractual, presenta una interesante peculiaridad, consistente en guardar absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual ha planteado en la práctica una interesante y compleja problemática, en sede de Derecho aplicable, que como pondremos de manifiesto en el apartado correspondiente del presente trabajo⁸, ha sido, al menos parcialmente, resuelta por vía jurisprudencial y, más en concreto, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia, no olvidemos, tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Y, en cuarto término, otro sector de la contratación de enorme repercusión, tanto en la práctica interna como internacional, que aqueja de una notable heterogeneidad y complejidad, es el asegurador⁹. Fruto de la amplia heterogeneidad del susodicho mercado, el sector asegurador ha sido objeto de regulación por diversas Directivas europeas sectoriales; las cuales abarcan los diferentes tipos contractuales que intervienen en el mercado asegurador. Y, más en concreto, las categorías contractuales que coexisten en el mercado asegurador quedan amparadas, en el marco del espacio europeo, por las Directivas sobre seguros (los contratos de seguro) y, muy especialmente, por la reciente y trascendente Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida)¹⁰, la cual ha sustituido a una Directiva anterior. La Directiva de 2016 sobre la distribución de seguros, que goza de un ámbito de aplicación mucho más extenso que su antecesora (directa e indirecta) y que aumenta notablemente la protección del asegurado o tomador del seguro, está teniendo en la práctica una enorme repercusión en relación con todos los contratos (tanto internos como internacionales) intervinientes en el mercado asegurador. Las disposiciones materiales de carácter imperativo de la reciente Directiva sobre la distribución de seguros, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, han de respetarse por los contratos de seguro, por los contratos de reaseguro, así como por los contratos de intermediación de seguros privados. Esta última categoría contractual abarca, tanto a los contratos de agencia de seguros (que pueden ser tanto exclusivos como vinculados) como a los contratos de mediación o corretaje.

3. Como es sabido, el principio del efecto directo del Derecho europeo se proyecta sobre los Tratados constitutivos, así como sobre los Reglamentos europeos, pero no sobre las Directivas. De hecho, así como los Reglamentos son obligatorios y directamente aplicables, por los órganos jurisdiccionales

⁶ *DOUE*, de 9 de julio de 2018, núm. L 173/16.

⁷ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

⁸ *Vid.* el apartado IV del presente trabajo de investigación.

⁹ En relación con la problemática planteada en el seno de la Unión Europea, en relación con este sector de la contratación (el asegurador), en sede de Derecho aplicable, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, 2020, vol. 12, núm. 2, pp. 30-51, así como las múltiples referencias en dicho trabajo citadas.

¹⁰ *DOUE*, de 2 de febrero de 2016, núm. L 26/19.

de los Estados miembros, en todos sus elementos; las Directivas únicamente obligan, a los Estados miembros de la Unión Europea, en cuanto a sus fines; lo cual implica que las mismas precisen de posterior desarrollo, es decir, que hayan de ser necesariamente transpuestas, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión, en un plazo determinado. De este modo, las aludidas Directivas sectoriales de la Unión Europea, que regulan los contratos internacionales a los cuales acabamos de hacer alusión (contratos internacionales de consumo, contratos individuales de trabajo de carácter internacional, contratos internacionales de agencia comercial y contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador), han sido objeto de transposición por los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

4. Por otro lado, las Directivas elaboradas por las instituciones europeas, para determinados sectores de la contratación, coexisten con los textos generales del Derecho internacional privado europeo. Y, más en concreto, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento “Roma I”)¹¹. De este modo, como consecuencia de la susodicha coexistencia, se producen problemas de conciliación o coordinación entre las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales y las normas de conflicto consagradas por el Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, esto es, entre el Derecho material europeo y el Derecho internacional privado europeo.

En el ámbito del Derecho procesal civil internacional, la referida problemática es mucho menos acusada en relación con el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis”¹², ya que, con carácter general, las Directivas europeas sectoriales no suelen consagrar ninguna norma específica de competencia judicial internacional. Por ello, tal problemática va a quedar al margen del presente estudio.

5. En sede de ley aplicable, la solución, a los problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales regulados por Directivas sectoriales de la Unión Europea, va a ser susceptible de variar, al menos parcialmente, según cuál sea el sector de la contratación de que se trate y, muy especialmente, en función de cuál sea el régimen de Derecho aplicable al que quedan sometidos los contratos internacionales regulados por tales Directivas.

Por lo tanto, como premisa de partida para abordar los referidos problemas de coordinación, es preciso tener presente que al régimen general de Derecho aplicable, consagrado por los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”, quedan sometidas las siguientes categorías contractuales: los contratos internacionales de agencia comercial; los contratos internacionales de intermediación de seguros privados (tanto los contratos de agencia de seguros como los contratos internacionales de mediación o corretaje); los contratos internacionales de reaseguro; así como determinados contratos internacionales de seguro y de contratos internacionales de consumo. Y, sin embargo, quedan sujetos al régimen especial de ley aplicable, contenido en los arts. 5-8 del Reglamento “Roma I”, determinados contratos internacionales de consumo (art. 6), todos los contratos individuales de trabajo de carácter internacional (art. 8); así como algunos contratos internacionales de seguro (art. 7).

6. Al margen de lo señalado, tal como se desprende de los Considerandos de las Directivas europeas sectoriales, detrás de las mismas subyacen una dualidad de intereses (públicos y privados)¹³. En concreto, tales Directivas cumplen un doble objetivo.

¹¹ *DOCE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

¹² *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1.

¹³ *Vid.*, por ejemplo, los Considerandos 17 y 23, así como el art. 1.1, de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE*, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10). Tal como la misma pone de manifiesto, su

Por un lado, en las mismas se vislumbra un claro interés privado: la protección de la parte débil de la relación litigiosa (consumidor, trabajador, asegurado o tomador del seguro, agente comercial, etc.); es decir, garantizar una protección mínima uniforme a dicha parte en el área de la Unión Europea. En concreto, dichas Directivas garantizan un estándar mínimo europeo, es decir, el respeto de un grado o nivel mínimo de protección jurídica de la parte más débil de la relación contractual. En aras del principio de armonía material, la función protectora de la parte débil de la relación litigiosa, de las normas materiales imperativas (tanto de las expresa como de las implícitamente imperativas) de las Directivas de la Unión Europea, ha de proyectarse sobre las soluciones del Derecho internacional privado europeo. Tal como en su día puso de manifiesto F. POCAR, en un contexto más global que el analizado en el presente trabajo, ha de existir un necesario paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación jurídica, en el Derecho material y en el Derecho internacional privado¹⁴.

Y, por otro lado, detrás de las Directivas europeas sectoriales también subyace un claro interés público: servir al correcto funcionamiento del mercado interior, esto es, adecuarse a las peculiares necesidades del susodicho mercado. En concreto, las Directivas sectoriales de la Unión Europea, además de proteger a la parte débil de la relación litigiosa, también persiguen homogeneizar las condiciones de competencia en el mercado interior en aras del juego de una competencia no falseada en el área de la Unión, esto es, tales Directivas tratan de eliminar obstáculos a la consecución de unas condiciones homogéneas de competencia en el seno del mercado interior, ya que la consecución del objetivo europeo de un mercado único constituye un presupuesto indispensable para su adecuado funcionamiento.

En suma, detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, tal como se desprende de los Considerandos de las mismas, subyacen relevantes intereses tanto públicos (europeos) como privados (de protección de la parte de la relación contractual considerada más débil). Por lo tanto, las Directivas europeas sectoriales persiguen tanto objetivos político-económicos como una evidente finalidad tuitiva. A mi modo de ver, ninguno de dichos intereses predomina sobre el otro. Tal dualidad de intereses habrá de tenerse en cuenta, como otra premisa de partida, a la hora de solventar los problemas de coordinación o conciliación a los cuales hemos hecho alusión más arriba.

7. En otro orden de cosas, es preciso tener presente que las Directivas sectoriales de la Unión Europea utilizan distintos tipos de normas para delimitar su ámbito de aplicación espacial. A mi modo de ver, la técnica normativa utilizada por el legislador europeo, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación territorial de las susodichas Directivas, varía en función del sector jurídico material afectado y del momento temporal en el cual haya sido elaborada la Directiva en cuestión.

Por un lado, algunas Directivas europeas delimitan su ámbito de aplicación espacial por medio de normas de conflicto propiamente dichas. Tal es el caso de la anteriormente mentada Directiva europea sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Por otro lado, otras Directivas europeas delimitan su ámbito de aplicación territorial por la vía de las denominadas normas “con incidencia en la ley aplicable”¹⁵; cuyo funcionamiento considero muy similar al de las normas de extensión (en este caso, de origen europeo). Las referidas normas están adquiriendo un creciente protagonismo, con el transcurso del tiempo, en el ámbito de la Unión Europea, especialmente en el sector del consumo.

Las normas “con incidencia en la ley aplicable” suelen condicionar, la aplicación de la Directiva que las contiene, a que exista una conexión o vinculación estrecha con el área de la Unión Europea. Tal es

objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior (finalidad pública); a la par que lograr un elevado nivel de protección de los consumidores, de tal manera que los mismos no se vean privados del nivel de protección consagrado por la Directiva (finalidad tuitiva).

¹⁴ F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357.

¹⁵ La problemática relativa a la coordinación o conciliación entre el Reglamento “Roma I” (o su antecesor) y las normas “con incidencia en la ley aplicable”, contenidas en las Directivas europeas sectoriales para delimitar su ámbito de aplicación espacial, ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales: *vid.*, por todos, J. BASEDOW, “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.

el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁶, según el cual, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección, que ofrece la Directiva en cuestión, por el hecho de haber elegido las partes, como ley rectora del correspondiente contrato, a la ley de un Estado tercero. Dicha indeterminación en las normas “con incidencia en la ley aplicable”, que genera una notable inseguridad en el operador jurídico (ya que, de este modo, no queda claro en qué supuestos se hacen valer los derechos de los consumidores, consagrados por las Directivas europeas de consumo, con independencia de cuál sea la *lex contractus*), propicia que la parte fuerte de la relación contractual trate de impedir la aplicación de la regulación material imperativa, de la Directiva europea sectorial de que se trate, por medio de la elección, como *lex contractus*, de la ley de un Estado no miembro de la Unión.

A mi modo de ver, es de lamentar que sea muy excepcional que las Directivas europeas sectoriales, que contienen normas “con incidencia en la ley aplicable”, especifiquen cuándo existe una vinculación estrecha con el territorio de la Unión. Tal concreción se vislumbra en la anteriormente mentada Directiva 2008/122/CE, la cual se expresa en términos mucho más concretos y restrictivos que la generalidad de las Directivas europeas de consumo; sin llegar a ser tan restrictiva como su antecesora: la ya derogada Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido¹⁷, la cual condicionaba su aplicación a que el bien inmueble en cuestión se encontrase sito en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 9)¹⁸. La actualmente vigente Directiva de multipropiedad (contratos de *time-sharing*), que otorga al consumidor el derecho de desistir del contrato en un plazo de 14 días naturales (sin necesidad de justificación) y que prohíbe todo pago de anticipos por el consumidor durante el plazo de desistimiento, consagra, en su art. 12 (relativo al carácter imperativo de la misma y a su aplicación en casos internacionales), que el consumidor quedará amparado por la protección por la misma conferida cuando concurra cualquiera de los dos supuestos siguientes. En primer término, cuando la legislación aplicable al contrato sea la de un Estado miembro de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, cuando ello no sea así, si el bien inmueble 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”.

Al margen de lo señalado, también me parece digno de alabanza que la Directiva 2008/122/CE (al igual que la ya derogada Directiva 94/47/CE), a diferencia de lo que acontece con la generalidad de las Directivas europeas en el sector del consumo, no condicione la protección al consumidor (al adquirente de multipropiedad) a que las partes hayan ejercitado su autonomía conflictual por la vía de una cláusula de elección de ley. Por lo tanto, la protección conferida por la Directiva también se extiende cuando no haya elección de ley (o la elección de ley sea inválida) y el contrato de multipropiedad se rija por la ley objetivamente aplicable¹⁹; lo cual es de lamentar que no ocurra con las restantes Directivas europeas en el sector del consumo.

¹⁶ DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29.

¹⁷ DOCE, de 29 de octubre de 1994, núm. L 280/83.

¹⁸ 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 tributarias (BOE, de 7 de julio de 2012, núm. 162), que ha llevado a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/122/CE, ha tenido el acierto de establecer, en aras de coadyuvar al desarrollo del sector de la multipropiedad, un marco mucho más flexible que el impuesto por la actualmente derogada Ley 42/1998 (que fue fruto de la transposición, al ordenamiento jurídico español, de la ya derogada Directiva 94/47/CE). En relación con este interesante y polémico sector, *vid.*, muy especialmente, F. PÉREZ DE LA SOTA, “La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad)”, *La Ley*, de 28 de mayo de 2012.

¹⁹ Como es sabido, de conformidad con el apartado 4c) del art. 6 del Reglamento “Roma I” (precepto relativo a los contratos de consumo), los contratos internacionales de multipropiedad inmobiliaria quedan sometidos, no al régimen general de Derecho aplicable, sino al régimen especial protector contenido en el art. 6 del Reglamento “Roma I”, el cual consagra como *lex contractus*, en defecto de elección de ley, a la ley del país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, la cual puede ser tanto la ley de un Estado miembro de la Unión Europea como la ley de un Estado tercero.

Y, por último, algunas Directivas europeas guardan absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual genera una elevada inseguridad jurídica en la práctica. Esta actitud del legislador europeo no es muy frecuente, y suele producirse en las Directivas europeas sectoriales más veteranas. Tal es el caso de la anteriormente citada Directiva de agencia de 1986, cuyo silencio, como posteriormente expondremos, se ha tratado de mitigar por la vía del TJUE; cuya jurisprudencia, como conocemos, tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Pese a reconocer la seguridad jurídica que aporta la susodicha jurisprudencia, es de lamentar que la referida laguna se haya tratado de colmar por vía jurisprudencial y no por la del legislador europeo, que a mi modo de ver, dada la relevancia del tema y la necesidad de seguridad jurídica, sería un cauce más adecuado para subsanar el silencio de las Directivas europeas sectoriales sobre su ámbito de aplicación territorial.

8. Muchas de las Directivas europeas sectoriales tienen la consideración de Directivas “de mínimos”. Tal es el caso, por ejemplo, de la Directiva europea de agencia. En palabras de la profesora M.J. LUNAS DÍAZ, las Directivas “de mínimos” imponen “la consecución de unos resultados concretos o, más bien, un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado”²⁰.

II. Premisa de partida: el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la necesidad de coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material

9. Como clara premisa de partida, para hacer frente a los problemas de coordinación o conciliación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales puestos de manifiesto en el anterior apartado, tenemos que tener muy presente que, en el seno de cada ordenamiento jurídico estatal, es necesario que exista una coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado y el Derecho privado interno que formen parte integrante de un mismo ordenamiento.

El Derecho internacional privado no es un compartimento estanco, no es un Derecho hermético, no es un cuerpo extraño al resto del ordenamiento jurídico estatal del cual forma parte. Dicha disciplina es permeable, es un aliado del Derecho interno. El Derecho internacional privado es un Derecho vivo, dinámico, ya que es fruto de un determinado contexto (económico, político y social) y, por consiguiente, participa de las premisas sociales existentes en cada momento histórico. El Derecho internacional privado, al igual que las restantes disciplinas del ordenamiento jurídico, se inserta dentro de un determinado contexto valorativo y, por consiguiente, es un Derecho sensible a la realidad social que regula, a sus valores, a sus convicciones, a sus objetivos, a sus sentimientos, a sus tendencias y evolución. El Derecho internacional privado, como cualquier otra rama jurídica, no es un Derecho neutro, no puede estar de espaldas al mundo, a la sociedad, sino que participa de las tendencias y orientaciones de la sociedad que regula. Se trata, por consiguiente, de una disciplina jurídica comprometida con la realidad social de cada momento histórico, con los sentimientos y con la ideología de la sociedad que lo establece y lo aplica. Es un Derecho comprometido, que participa activamente de las tendencias y condicionamientos de las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

De lo señalado se desprende que el Derecho internacional privado participa de los mismos principios, tanto materiales como procesales, que el ordenamiento jurídico del cual forma parte. De este modo, el Derecho internacional privado responde a los mismos criterios o parámetros de justicia que las restantes ramas o parcelas del ordenamiento jurídico del cual forma parte (estatal, europeo, etc.); y esos criterios los proyecta en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas. De hecho, todas las ramas que están integradas dentro de un mismo ordenamiento jurídico (estatal o europeo), incluido el Derecho interna-

²⁰ M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4 pp. 473-499, p. 489, núm. 14.

cional privado, participan de unos mismos principios, valores e intereses, que son los del sistema jurídico al cual pertenecen. Como consecuencia de lo señalado, ha de existir una coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado y el Derecho privado interno que formen parte integrante de un mismo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el Derecho internacional privado, que constituye un instrumento imprescindible al servicio de la justicia, ha de proyectar en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas, los valores, principios e intereses de los que participan las restantes ramas que pertenecen al sistema jurídico en el cual se encuadra (ya sea estatal o europeo). Esta intensa participación del Derecho internacional privado de los parámetros sociales, del sentir social, presenta muy variadas manifestaciones.

10. La referida necesidad de coherencia valorativa no es únicamente predicable de los ordenamientos jurídicos estatales, sino que se proyecta igualmente en el seno del ordenamiento jurídico europeo. El principio de conciliación del Derecho internacional privado europeo con el Derecho europeo material, preconizado por los profesores E. JAYME y C. KOHLER²¹, constituye una clara manifestación de la necesaria correspondencia o coherencia valorativa que ha de existir entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material. Por virtud del susodicho principio, un relevante objetivo a perseguir, por las instituciones europeas, consiste en alcanzar la coordinación o conciliación de los textos del Derecho internacional privado europeo de alcance general (en concreto, del Reglamento “Bruselas I bis” y, muy especialmente, del Reglamento “Roma I”) con el Derecho europeo derivado, esto es, con las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas relativas a sectores concretos de la contratación. El Reglamento “Roma I” ha de actuar como un aliado de las políticas de protección europeas (tanto de la parte débil de la relación litigiosa como del mercado interior), materializadas en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores específicos de la contratación.

En aras de la referida coherencia valorativa que ha de existir entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material, las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, el Reglamento “Roma I” y el Reglamento “Bruselas I bis” han de ser concebidos, no como textos individualmente considerados e independientes entre sí, sino como instrumentos complementarios, como un todo unitario, esto es, como un conjunto normativo coherente, ya que los textos generales del Derecho internacional privado europeo han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos. Y, como es sabido, uno de los objetivos relevantes, de las instituciones europeas, consiste en homogeneizar las condiciones de competencia en el seno del mercado interior.

III. Cauces para alcanzar el principio de conciliación entre los instrumentos del Derecho internacional privado de la Unión Europea con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación

11. En este apartado nos proponemos analizar, fundamentalmente, los instrumentos o cauces con los que cuenta el Reglamento “Roma I” para coordinar o conciliar sus normas de conflicto con las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales.

A mi juicio, uno de los objetivos básicos perseguidos por el legislador europeo, a la hora de elaborar el Reglamento “Roma I”, ha sido el de alcanzar una mayor coordinación o conciliación con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En aras de alcanzar este objetivo, el Reglamento “Roma I” ha contemplado en su articulado diversos mecanismos o cauces. Dichos mecanismos de conciliación o instrumentos de armonización no son susceptibles de operar en todos los supuestos. Se podrá recurrir a uno u otro en función de las particulares circunstancias del caso concreto. A mi modo de ver, entre los factores a tener en cuenta para la elección de uno u otro cauce o instrumento se encuentran los

²¹ E. JAYME y C. KOHLER, “Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 – Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien”, *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, “L’interaction des règles de conflit continues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40.

siguientes: el modo utilizado por la Directiva europea sectorial en cuestión para delimitar su ámbito de aplicación espacial, el régimen de Derecho aplicable en el que se encuadre el supuesto contractual de que se trate, el sector jurídico material afectado, la existencia o no de elección de ley, la elección por las partes contractuales de la ley de un Estado miembro de la Unión Europea o de la ley de un tercer Estado, etc. Por ello, en las líneas siguientes nos proponemos analizar el alcance y qué presupuestos concretos han de cumplirse para que resulten operativas las vías consagradas por el Reglamento “Roma I” para la conciliación del mismo, en general, con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, en particular, con las Directivas europeas sectoriales.

12. Como acabamos de poner de relieve, el recurso a uno u otro instrumento o cauce de conciliación o coordinación de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las Directivas europeas sectoriales (Derecho europeo derivado) dependerá, entre otros factores, del modo utilizado por la Directiva de que se trate para delimitar su ámbito de aplicación espacial.

De este modo, en el supuesto de tratarse de una Directiva sectorial de la Unión Europea que delimite su ámbito de aplicación espacial por medio de normas de conflicto en sentido estricto, habrá que acudir a la vía consagrada por el art. 23 del Reglamento “Roma I” (bajo el título de “Relaciones con otras disposiciones del Derecho comunitario”). Dicho precepto, relativo a las relaciones del Reglamento “Roma I” con otras disposiciones del Derecho de la Unión Europea, consagra una cláusula que persigue fomentar la compatibilidad entre los instrumentos normativos de la Unión que contengan normas de conflicto en materia contractual. Por virtud de dicha cláusula, que permite una mayor especialización de las soluciones²², salvo en materia de contratos de seguro, el Reglamento “Roma I” no impedirá la aplicación de otros instrumentos normativos de la Unión Europea que, en relación con materias específicas, contengan normas de conflicto relativas a las obligaciones contractuales. Por lo tanto, dichas normas gozan de primacía sobre las normas conflictuales contenidas en el Reglamento “Roma I”. En relación con esta cuestión, es conveniente precisar dos aspectos.

Por un lado, es preciso poner de relieve que, no obstante, en aras del principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, “deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas”, por lo que, tal como se desprende del Considerando 40 del Reglamento “Roma I”, conviene hacer un uso moderado de la posibilidad de elaborar normas conflictuales en otros instrumentos normativos.

Y, por otro lado, es preciso aclarar que la excepción prevista por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, en relación con los contratos de seguro, se justifica en que el contenido de las Directivas europeas relativas al susodicho sector jurídico ha sido incluido en el propio articulado del Reglamento “Roma I”, en concreto, en su art. 7.

En cualquier caso, la vía contenida en el art. 23 del Reglamento “Roma I” no sirve cuando nos encontramos ante Directivas europeas sectoriales que, o bien, delimitan su ámbito de aplicación territorial por medio de normas “con incidencia en la ley aplicable”, o bien, guardan absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial. En estos dos supuestos, se puede recurrir, siempre y cuando concurran determinados presupuestos que vamos a analizar en el presente apartado del trabajo, a dos instrumentos o mecanismos consagrados por el legislador europeo para alcanzar la ansiada coordinación o conciliación entre las normas conflictuales del Reglamento “Roma I” y la regulación material imperativa contenida en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para los sectores de la contratación anteriormente aludidos. Por un lado, a la llamada cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Y, por otro lado, a las denominadas “leyes de policía”. En las siguientes líneas vamos a pasar a analizar estos dos instrumentos o mecanismos de conciliación de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales.

13. A mi modo de ver, el mecanismo prioritario de conciliación, de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de carácter imperativo del Derecho europeo

²² No olvidemos que, detrás de la regulación contenida en el Reglamento “Roma I”, late una clara tendencia a la especialización de las soluciones, de la cual la cláusula contenida en su art. 23 constituye un claro exponente.

derivado, esto es, de las Directivas europeas sectoriales, lo constituye la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Esta primera vía de conciliación constituye una de las principales novedades del Reglamento “Roma I”, ya que la misma no estaba presente en su antecesor: el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Convenio de Roma)²³.

La cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea constituye una importante limitación a la extensa autonomía de la voluntad conflictual reconocida, a las partes contractuales, por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. La finalidad de la susodicha cláusula general es garantizar la aplicación del nivel de protección mínimo europeo uniforme consagrado, en general, por el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para atender a las necesidades específicas de determinados sectores de la contratación. En última instancia, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea tiene como objetivo básico garantizar, por medio de la aplicación de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, la protección de la parte débil de la relación litigiosa, así como la protección del correcto funcionamiento del mercado interior. La cuestión es que la consecución de la mencionada finalidad depende, al menos parcialmente, del concreto alcance que tenga la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea.

14. El concreto alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea o también denominada “cláusula del Mercado Interior”²⁴, la cual es objeto de regulación por el apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, ha suscitado una viva controversia, puesta de manifiesto en el proceso de elaboración del Reglamento “Roma I”. De hecho, existe una amplia disparidad entre la regulación de la referida cláusula general, contenida en la Propuesta de Reglamento “Roma I” (que se caracterizaba por su notable imprecisión)²⁵, y la que figura en el texto definitivo del Reglamento²⁶.

A mi juicio, el alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, consagrado por el legislador europeo en el marco del Reglamento “Roma I”, es extraordinariamente limitado en varios sentidos.

Por un lado, la operatividad de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea está condicionada a que nos encontremos ante un contrato internacional sometido al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”. Ello excluye, de la protección conferida por las Directivas europeas sectoriales a través de esta vía, a los contratos individuales de trabajo, así como a una parte de los contratos de consumo y de los contratos de seguro, muchos de los cuales quedan sometidos, como es sabido, al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”.

Por otro lado, en el marco del Reglamento “Roma I”, a diferencia de lo que acontecía en el seno de la Propuesta de Reglamento (que no se limitaba a los contratos “intracomunitarios”), para que resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea es imprescindible que se trate de un contrato “intracomunitario”, esto es, de un contrato internacional cuyos “elementos relevantes” o “pertinentes” estén, en el momento de la elección de ley, vinculados exclusivamente al área de la

²³ *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171. Corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189.

²⁴ Así la ha denominado S LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

²⁵ De conformidad con el apartado 5 del art. 3 de la Propuesta de Reglamento “Roma I”, la “elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular”. La imprecisión de esta última coletilla es criticable, a mi juicio, por generar una elevada inseguridad en el operador jurídico. Un exhaustivo análisis del origen y alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, contenida en la Propuesta del Reglamento “Roma I”, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Directores), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, pp. 54-60.

²⁶ Por virtud del apartado 4 del art. 3 del Reglamento “Roma I”, “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, 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”.

Unión Europea, es decir, a Estados miembros de la Unión (incluyendo a Dinamarca)²⁷. A nuestro modo de ver, tal presupuesto es digno de crítica, fundamentalmente, por dos motivos.

En primer lugar, con semejante limitación, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no puede cumplir la finalidad principal para la cual ha sido prevista: la protección del correcto funcionamiento del mercado interior, así como de la parte débil de la relación litigiosa. Un presupuesto indispensable para el correcto funcionamiento del mercado interior lo constituye la existencia de unas condiciones homogéneas de competencia en el seno del mercado interior. La exclusión de los contratos “extracomunitarios” (por tener, por ejemplo, alguno de sus elementos relevantes vinculado a un Estado tercero), de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, conlleva que las condiciones de acceso al mercado único puedan ser tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Ello ocasiona un serio perjuicio para su correcto funcionamiento, que es uno de los dos objetivos principales que persigue la referida cláusula general.

En segundo lugar, la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no sintoniza bien con las normas “con incidencia en la ley aplicable”, por las cuales, como es sabido, delimitan su ámbito de aplicación espacial numerosas Directivas europeas sectoriales. Con alguna excepción aislada (me estoy refiriendo a la anteriormente comentada Directiva sobre multipropiedad inmobiliaria), dichas Directivas tan sólo condicionan su aplicación a que exista una vinculación estrecha del contrato en cuestión con el área de la Unión Europea, sin especificar cuándo se entiende que existe tal vinculación estrecha; lo cual implica que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión gocen de un amplio margen de maniobra a la hora de concretar este aspecto en el caso concreto. En suma, los contratos “extracomunitarios”, que guarden una estrecha vinculación con el territorio de la Unión Europea, quedan excluidos de la protección conferida por la cláusula “del Mercado Interior”. Esta actitud tan dispar del legislador europeo no casa bien con el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, resulta digno de crítica que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente resulte operativa en los supuestos de elección de ley. De hecho, en el marco del Reglamento “Roma I” (al igual que acontecía en el seno de la Propuesta de Reglamento), para que la misma entre en juego es preciso que las partes hayan elegido, como *lex contractus*, a la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. Dicha limitación únicamente tiene sentido si se estima que el único objetivo de la referida cláusula general es prevenir el fraude de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea²⁸. Es cierto que, en muchos supuestos, la elección de ley esconde una “elección unilateral” impuesta por la parte fuerte de la relación litigiosa a la parte débil; pretendiendo defraudar ciertas disposiciones imperativas del Derecho europeo derivado. Pero a mi juicio, como anteriormente he puesto de manifiesto, el objetivo de la cláusula general debiera de ser mucho más extenso: la protección del mercado interior, así como de la parte débil de la relación litigiosa; lo cual está en sintonía con la dualidad de intereses (públicos y privados) que subyacen detrás de las Directivas europeas sectoriales. Y partiendo de esta base, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea debiera de intervenir, no únicamente cuando las partes contractuales ejerzan su autonomía conflictual, sino también cuando no haya elección de ley (o dicha elección de ley sea inválida [por haberse elegido, por ejemplo, la *lex mercatoria*]) y haya de entrar en juego el art. 4 del Reglamento “Roma I”. Desde una perspectiva *de lege lata*, dada la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, ello carece de trascendencia, ya que no hay que olvidar que, lamentablemente, uno de los presupuestos de operatividad de la misma es que se trate de un contrato “intracomunitario”, por lo que la ley objetivamente aplicable va a ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea (los cuales han transpuesto las Directivas europeas sectoriales). No sólo es criticable que se exija elección de ley, para que entre en juego la referida cláusula general, sino también que la ley elegida haya de ser necesariamente la de un Estado tercero. Y no olvidemos que, aunque los Estados miembros de la Unión están obligados a llevar a cabo la transposición

²⁷ Vid. el apartado 4 del art. 1 del Reglamento “Roma I”.

²⁸ De esta última postura parte, por ejemplo, P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur le loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10.

de las Directivas a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, una buena parte de las Directivas europeas sectoriales tienen la consideración de Directivas “de mínimos”, lo cual implica que pueda haber ciertas diferencias relevantes entre las distintas leyes estatales de transposición. Por ello, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea también tendría que operar cuando la ley elegida fuese la de un Estado miembro de la Unión Europea, ya que el fraude del Derecho europeo también puede tener sentido cuando la ley elegida sea la de un país de la Unión.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontecía con la Propuesta de Reglamento “Roma I”, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no está limitada en cuanto a las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea que entran dentro del ámbito de protección de la misma. A mi modo de ver, ello es digno de alabanza, ya que ello está en perfecta sintonía con el doble objetivo público y privado que persiguen las Directivas sectoriales de la Unión Europea²⁹: la protección de un adecuado funcionamiento del mercado interior (que conlleva la homogeneización de las condiciones de competencia en el susodicho mercado), así como la protección de la parte débil de la relación litigiosa (fundamentalmente, del asegurado o tomador del seguro, del agente comercial, del consumidor y del trabajador). Ello casa bien con el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De este modo, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, siempre y cuando el supuesto entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva europea sectorial de que se trate y se cumplan los presupuestos a los cuales acabamos de hacer alusión, todas las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, tanto las expresa como las implícitamente imperativas, tendrán cabida por la vía de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea regulada por el art. 3.4 del Reglamento “Roma I”; sin necesidad de que el órgano jurisdiccional justifique su aplicación en cada caso concreto. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo señalado, la indeterminación únicamente proviene de no especificar las Directivas europeas sectoriales, como anteriormente pusimos de manifiesto, cuándo existe una vinculación estrecha entre el supuesto contractual en cuestión y el área de la Unión Europea y, por consiguiente, cuándo las mismas han de aplicarse desde el punto de vista espacial. A nuestro modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, dicha indeterminación tendría que subsanarse por la vía del legislador europeo, y no por la jurisprudencial.

15. Una vez analizado el concreto alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, es preciso hacer referencia al efecto de su intervención, ya que, como es sabido, las Directivas europeas carecen de efecto directo horizontal, por lo que han de ser transpuestas, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, de los Estados miembros de la Unión. Por virtud del apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea, en general, y de las Directivas europeas sectoriales, en particular, recibirán aplicación, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, “tal como se apliquen en el Estado miembro del foro”.

Tal concreción del Derecho material estatal cuyas normas internas han de recibir aplicación, que no estaba presente en la Propuesta de Reglamento “Roma I”, es digna de alabanza en cuanto que potencia la seguridad jurídica, en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales en el seno de la Unión Europea, que es uno de los objetivos prioritarios del Reglamento “Roma I”.

No obstante, a mi modo de ver, hubiese sido preferible decantarse, en lugar de por la ley de transposición del foro, por la ley de transposición objetivamente aplicable al contrato internacional de que se trate. Esta solución, pese a ser menos sencilla y más aparatosa para el operador jurídico, sintoniza mejor con el *modus operandi* del Reglamento “Roma I” y con el propio sentido de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, ya que evita que se utilice la autonomía conflictual con la intención de defraudar el Derecho material estatal normalmente competente, que no es otro que el designado por las normas de conflicto del art. 4 del Reglamento “Roma I”, que es susceptible de variar, al menos en cierta medida, con respecto al Derecho material del foro. De hecho, la mayor parte de las Directivas europeas sectoriales son Directivas “de mínimos”. En este sentido se han manifestado algu-

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, el art. 1 de la anteriormente mentada Directiva 2008/122/CE.

nos autores, que estiman que la aplicación del ordenamiento jurídico del foro fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* “residual” (por mucho que se respete el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por las Directivas sectoriales de la Unión Europea) a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro³⁰, ya que puede inducir a la parte más fuerte de la relación contractual (por ejemplo, al empresario, al asegurador o al principal) a incluir, en el contrato internacional en cuestión, una cláusula de elección de ley, a favor de un Estado tercero, con la exclusiva intención de propiciar la aplicación de las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico del foro.

16. En conclusión, si bien es cierto que el art. 3.4 del Reglamento “Roma I” corrige muchas de las deficiencias del art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento “Roma I”, también lo es que la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea presenta importantes déficits que debieran de ser reconsiderados en un futuro instrumento normativo europeo, ya que es innegable que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea goza de un enorme potencial conciliador, pero su alcance es excesivamente reducido, lo cual convierte a la referida cláusula general en un intento de conciliación, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, parcialmente frustrado. A mi juicio, los rigurosos presupuestos que han de concurrir para su intervención, hacen que la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea ofrezca una protección limitada.

De hecho, considero que la operatividad de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no debiera de estar condicionada a que el contrato internacional de que se trate quede sometido al régimen general de Derecho aplicable; a que el contrato sea “intracomunitario” (siendo éste el defecto más importante de la actual regulación); así como a que haya elección de ley y a que la misma haya de ser a favor de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea.

A mi modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea debiera de operar, igualmente, con respecto a contratos internacionales (objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales) que queden sometidos al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (como es el caso de los contratos individuales de trabajo y de numerosos contratos de consumo y contratos de seguro). También resultaría deseable la operatividad de la susodicha cláusula general cuando las partes contractuales no hubiesen ejercido la autonomía conflictual. E incluso cuando la hubiesen ejercido, la referida cláusula general habría de operar también, todo desde una perspectiva *de lege ferenda*, cuando las partes hubiesen elegido como *lex contractus* a la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, y no sólo cuando la ley elegida fuese la de un Estado tercero. Y, por supuesto, la señalada cláusula general habría de operar con independencia de que el contrato fuese “intracomunitario” o “extracomunitario”; siempre y cuando el supuesto contractual en cuestión estuviese incluido dentro del ámbito de aplicación territorial de la Directiva europea sectorial de que se trate. De hecho, es muy habitual que los contratos “extracomunitarios” guarden una estrecha vinculación con el área de la Unión Europea. En cualquier caso, es de valorar muy positivamente que todas las disposiciones imperativas, de las Directivas europeas sectoriales (ya sean implícita o expresamente imperativas), queden dentro del ámbito de protección del apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”.

17. Como anteriormente adelantamos, otro instrumento o mecanismo de conciliación, entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas sectoriales de la Unión Europea, lo constituyen las denominadas “leyes de policía”. A mi modo de ver, las mismas son un mecanismo subsidiario de conciliación, lo cual implica que únicamente puedan entrar en juego en los supuestos en los cuales no resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea (por no cumplirse cualquiera de los presupuestos que acabamos

³⁰ En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, el cual hace alusión de la denominada “indiferencia conflictual del Derecho comunitario”, la cual implica que al legislador europeo le resulte indiferente qué concreta ley de un Estado miembro de la Unión resulte aplicable al contrato internacional.

de analizar) y el supuesto contractual de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de una Directiva europea sectorial.

Aunque el Reglamento “Roma I” las denomina, en su art. 9, como “leyes de policía”, habitualmente se las conoce como normas materiales internacionalmente imperativas o como normas de aplicación inmediata o necesaria. Como es sabido, se trata de normas que gozan de un “plus de imperatividad”. Son normas que, debido a su peculiar alcance y función, se aplican a los contratos, tanto internos como internacionales, con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato internacional de que se trate.

Las “leyes de policía” no constituyen una novedad del Reglamento “Roma I”, ya que las mismas aparecían reguladas por el Convenio de Roma. Lo que ocurre es que, en el marco del Reglamento “Roma I”, las “leyes de policía” intervienen de un modo más restrictivo que en el Convenio de Roma (que no contenía ninguna definición de las mismas), ya que el legislador europeo ha incorporado, en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento “Roma I”, una definición de las “leyes de policía” de carácter excesivamente restrictivo: una “ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”³¹. A mi modo de ver, tal definición parte de un criterio de clasificación anacrónico entre las normas materiales internacionalmente imperativas: la distinción entre “normas ordopolíticas” o “de dirección” y “normas de protección”. Desde mi punto de vista, el cambio de actitud del legislador europeo es criticable, ya que las normas materiales internacionalmente imperativas debieran de proteger, tanto intereses generales o públicos, como a la parte débil de la relación litigiosa. Tal como en su día pusieron de manifiesto los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen sectores, entre los cuales se encuentra el contrato de agencia comercial, en los que “es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles”, como es el caso del agente³². Pese a ello, con base en la definición tan sumamente restrictiva contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, las “leyes de policía” no pueden intervenir, en el seno del susodicho Reglamento, para proteger a la parte débil de la relación litigiosa, sino única y exclusivamente para proteger intereses generales o públicos. En el mismo sentido, que el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, se manifiesta el Considerando 37 del Reglamento, por virtud del cual “consideraciones de *interés público* justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía”³³. De este modo, el art. 9.1 del Reglamento “Roma I” parece referirse, exclusivamente, a las denominadas “normas ordopolíticas” o “de dirección”; quedando por tanto excluidas, de su alcance, las llamadas “normas de protección”³⁴.

A mi juicio se trata de una distinción anacrónica que, en la actualidad, carece de razón de ser, especialmente cuando se encuentran implicadas Directivas europeas sectoriales, las cuales, como hemos señalado anteriormente, cumplen un doble objetivo que no está en sintonía con la referida clasificación entre las normas de aplicación inmediata o necesaria. A mi modo de ver, la doble finalidad de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, consistente en proteger tanto el correcto funcionamiento del mercado interior como a la parte débil de la relación litigiosa, además de poner en tela de juicio la referida distinción, las hace merecedoras de ser consideradas como normas materiales internacionalmente imperativas y, por consiguiente, de ser también aplicadas a los contratos internacionales, que sean objeto de regulación por Directivas sectoriales, con independencia de cuál sea la *lex contractus*. En definitiva, las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, contenidas en las Directivas sectoriales de la Unión Europea, ponen claramente de manifiesto el carácter extremadamente artificial que presenta la referida delimitación, y ello debido a que, como sabemos, las mismas

³¹ Un exhaustivo análisis de la referida definición de “leyes de policía”, así como de su origen jurisprudencial, puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191.

³² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Directores), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93.

³³ La cursiva es nuestra.

³⁴ En este sentido, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231.

responden a razones tuitivas, pero también económico-políticas; lo cual imposibilita encuadrarlas en una u otra categoría.

En conclusión, con base en lo señalado en las líneas anteriores, estimamos que las normas internas de los Estados miembros de la Unión Europea, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico interno las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, de las Directivas europeas sectoriales, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de “leyes de policía” contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”; siempre y cuando el supuesto en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación territorial de una Directiva sectorial de la Unión Europea³⁵. Desde nuestro punto de vista, la consideración de las susodichas normas como “leyes de policía” constituye, en última instancia, un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho europeo, de las necesidades del mercado interior, las cuales han propiciado, al igual que las razones tuitivas, la elaboración de las Directivas sectoriales de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, las “leyes de policía”, al igual que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, también constituyen una importante limitación a la amplia autonomía conflictual que el art. 3 del Reglamento “Roma I” reconoce a las partes del contrato internacional; pero las mismas gozan de un mayor alcance que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, y ello por varias razones. En primer lugar, debido a que las mismas, a diferencia de lo que acontece con la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, son susceptibles de intervenir, tanto en relación con el régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4), como con el régimen especial de Derecho aplicable (arts. 5-8). En segundo término, las “leyes de policía”, a diferencia de lo que ocurre con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, pueden operar con independencia de que el contrato internacional de que se trate sea “intracomunitario” (esto es, que todos sus elementos estén vinculados al territorio o área de la Unión Europea) o “extracomunitario” (es decir, que al menos uno de los elementos que lo constituyen esté conectado a un tercer Estado). Y, en tercer lugar, las normas materiales internacionalmente imperativas son susceptibles de intervenir, tanto cuando las partes ejerciten su autonomía conflictual (ya sea a favor de la ley de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado), como cuando no haya elección de ley por las partes contractuales (o dicha elección de ley sea inválida) y la *lex contractus* sea la ley objetivamente aplicable (la ley designada por el art. 4 del Reglamento “Roma I” si el contrato internacional en cuestión no queda sujeto al régimen especial de Derecho aplicable [por tratarse, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial, de un contrato de seguro excluido del ámbito del art. 7 del Reglamento o de un contrato de consumo excluido del ámbito material y/o espacial del art. 6 del Reglamento]). Por lo tanto, a diferencia de lo que acontece con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, la intervención de las “leyes de policía” no está condicionada a que las partes hayan ejercitado su autonomía conflictual.

El amplio alcance de las normas materiales internacionalmente imperativas convierte a esta categoría normativa en un mecanismo que goza de un acusado potencial conciliador. Se trata de un instrumento clave para alcanzar el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Además, como anteriormente hemos comentado, al igual que acontece con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, todas las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales (ya sean expresa o implícitamente imperativas) tienen cabida dentro de las “leyes de policía”; siendo ello debido a la dualidad de intereses (públicos y privados) que subyacen detrás de las mismas.

En el próximo apartado del presente trabajo nos proponemos analizar la coherencia valorativa existente entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales (Derecho europeo material). Y para ello vamos a recurrir a un complejo y paradigmático sector de la contratación muy habitual en la práctica internacional: el sector de la agencia comercial. A mi modo de ver, lo analizado en el siguiente apartado es extrapolable, con ciertos matices, a los restantes sectores de la contratación.

³⁵ En un sentido distinto al señalado se muestra el profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual incluye, dentro de la categoría de normas “de protección”, a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentren en una “posición contractual débil”.

IV. El principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial

1. Contexto y marco normativo

18. En el marco de la globalización económica, existe una notable tendencia a incrementar las redes de distribución. Actualmente, se vislumbra un notable auge del sistema de distribución indirecto: agencia comercial, concesión mercantil y franquicia. El contrato internacional de agencia comercial es uno de los contratos más habituales en la práctica comercial internacional de nuestros días. Dicha categoría contractual destaca, por su enorme eficacia, en el seno de las técnicas de distribución indirecta de comercialización de bienes y servicios. Cada vez es más habitual que las empresas recurran, para comercializar sus productos o servicios, a intermediarios profesionales y, muy especialmente, a agentes comerciales independientes. Como sabemos, el concesionario (al cual se le denomina comúnmente como distribuidor), al igual que el franquiciado, actúan en nombre y por cuenta propia, es decir, compran y revenden el producto o servicio de que se trate en el territorio que les haya sido atribuido. Sin embargo, el agente comercial actúa en nombre y por cuenta ajena, en concreto, del fabricante o exportador.

La actividad de promoción, que es la obligación principal del agente comercial, constituye el eje central del contrato de agencia comercial, es decir, la esencia misma del objeto de dicha categoría contractual. La promoción consiste en colocar el producto o, en su caso, el servicio del principal en un determinado mercado/-os, esto es, en captar clientela y entablar las negociaciones oportunas en el correspondiente mercado. La actividad de promoción que el agente comercial lleva a cabo, siempre por cuenta ajena, consiste en poner en contacto al fabricante o exportador con el cliente o importador. Con carácter general, el agente comercial únicamente está facultado para realizar la señalada actividad de promoción; tratándose, en estos casos, de un “agente negociador”. Sin embargo, en algunos casos aislados, el principal o empresario habilita al agente comercial, por medio del correspondiente poder de representación, a concluir con el cliente, que el agente comercial haya captado en el mercado que le haya sido asignado, los contratos de venta de los señalados productos o servicios en nombre y por cuenta del principal. En este caso, nos encontramos ante un “agente contratante”. De lo señalado se desprende que el agente comercial únicamente podrá contratar, y siempre en nombre y por cuenta del principal, cuando se le haya atribuido el correspondiente poder para ello. En estos casos, la actividad de conclusión de operaciones comerciales, al igual que la de promoción, constituirán las obligaciones principales del agente comercial. Sin embargo, la obligación fundamental o básica del principal consiste en satisfacer al agente comercial la remuneración pactada. Dicha obligación específica del principal se deriva de su deber genérico de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente comercial.

El contrato de agencia comercial materializa la relación jurídica existente entre el principal o empresario (que ha de ser necesariamente una persona jurídica) y el agente comercial independiente (que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica).

19. A diferencia de lo que acontece con el contrato de concesión mercantil y con el contrato de franquicia³⁶, el contrato de agencia comercial, como anteriormente hemos adelantado, es objeto de regulación por una Directiva europea sectorial, en concreto, por la anteriormente mentada Directiva del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Ello conlleva la necesidad de coordinar las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva 86/653/CE³⁷.

³⁶ Por lo que a estas categorías contractuales se refiere, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento ‘Roma I’”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 1, pp. 19-35.

³⁷ Dicha problemática fue objeto de un riguroso análisis en H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 14, Madrid, 2007, en relación con el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; así como en H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46, por lo que se refiere al Reglamento “Roma I”.

El proceso legislativo de la Directiva de agencia de 1986 fue extremadamente largo debido a la oposición, que mostraron algunos Estados miembros al texto original, por considerar que el mismo limitaba en exceso el ámbito de la libertad contractual. Por esta razón, la Directiva 86/653/CE, al igual que otras muchas Directivas europeas sectoriales, acabó siendo una Directiva “de mínimos”. De este modo, la Directiva de agencia, en relación con determinados aspectos controvertidos, concede a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para elegir entre las distintas soluciones propuestas y para establecer un régimen más gravoso para el principal. Un claro y significativo ejemplo de lo señalado lo constituye el apartado 2c) del art. 17 de la Directiva, el cual reconoce a los Estados miembros la posibilidad de reconocer, además de la indemnización por clientela, la indemnización de daños y perjuicios.

La Directiva de agencia de 1986 regula, exclusivamente, la relación jurídica interna existente entre el agente comercial y el principal y, dentro de la susodicha relación, las cuestiones que mayor litigiosidad suscitan. En concreto, la Directiva se ocupa de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato que las mismas han celebrado, de la remuneración del agente comercial, de la celebración del contrato de agencia comercial y, muy especialmente, de las cuestiones jurídicas referentes a su terminación (tales como el preaviso, las indemnizaciones debidas al agente comercial tras la rescisión unilateral del contrato por el principal por causa no imputable al agente comercial etc.). Dichas cuestiones jurídicas constituyen, de hecho, el núcleo duro de la Directiva de agencia.

20. Al igual que las restantes Directivas europeas sectoriales, la Directiva de agencia comercial, tal como se desprende de sus Considerandos, persigue un doble objetivo (uno público y uno privado). Ambos objetivos se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí.

Por un lado, la Directiva de agencia persigue un objetivo político-económico, tendente a favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior, consistente en homogeneizar las condiciones de competencia dentro del susodicho ámbito en aras de la consecución de un mercado único. La Directiva de agencia trata de evitar, en última instancia, un eventual falseamiento de la libre competencia por los principales (ya sean o no europeos) en el área de la Unión Europea; así como una barrera al desenvolvimiento por los agentes comerciales independientes de su actividad profesional en el territorio de la Unión y, por consiguiente, a la libertad comunitaria de establecimiento. De este modo, la Directiva de agencia está encaminada a eliminar disparidades significativas, entre las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión, en relación con el coste económico del contrato de agencia comercial en aras de no infringir el principio de igualdad en la competencia en el seno del mercado común, ya que ello puede tener nocivas consecuencias para la red de distribución en el referido marco. Por esta razón, ocupan un papel central las disposiciones de la Directiva relativas a la remuneración y, muy especialmente, las que reglamentan la indemnización del agente comercial ocasionada por la ruptura unilateral del contrato de agencia comercial por parte del principal.

Al margen de lo señalado, la Directiva de agencia persigue, igualmente, una finalidad tuitiva, esto es, de protección del agente comercial en tanto que parte débil de la relación litigiosa. De hecho, la Directiva garantiza al agente comercial, en todo el área de la Unión Europea, un nivel mínimo uniforme de protección jurídica frente al principal.

21. La Directiva 86/653/CE ha llevado a cabo la armonización de las legislaciones nacionales, sobre el contrato de agencia, de los Estados miembros de la Unión Europea. De hecho, la Directiva de agencia de 1986 ha sido transpuesta, correctamente, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión. Por lo que se refiere a España, la transposición de la susodicha Directiva se ha llevado a cabo por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia³⁸. La armonización de legislaciones, llevada a cabo por la Directiva de agencia, ha propiciado, claramente, una mayor seguridad jurídica, ya que, antes de su entrada en vigor, algunos Estados miembros carecían de una regulación específica para el contrato de agencia. Tal era el caso, por ejemplo, de España, para el cual el contrato de agencia, con anterioridad a la Ley 12/1992, era un contrato atípi-

³⁸ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

co. La ley de agencia española, al igual que otras legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros, ha regulado muchas cuestiones jurídicas que no han sido previstas por la Directiva 86/653/CE y que, por consiguiente, quedan excluidas del alcance del principio de primacía comunitario. Como consecuencia de lo señalado, es preciso poner de relieve que todas las legislaciones nacionales de agencia, de los Estados miembros de la Unión, respetan el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia y, por consiguiente, la dualidad de objetivos que la misma persigue.

Sin embargo, es destacable la diversidad legislativa existente entre las legislaciones de agencia de Estados terceros, ya que, en muchas de ellas (piénsese, por ejemplo, en la legislación de agencia californiana), no está presente el principio tuitivo del agente comercial que subyace detrás de la Directiva de agencia. De hecho, numerosas legislaciones de agencia, de Estados no miembros de la Unión, no consagran un estatuto tutelar del agente comercial. Pero incluso entre las que lo establecen, el grado de protección conferido, al agente comercial frente al principal, varía notablemente de un país a otro.

Las diferencias entre las distintas regulaciones de Estados terceros se hacen más acusadas en lo relativo a la terminación del contrato de agencia comercial de duración indefinida, que son las que mayor litigiosidad suscitan y en las que en mayor medida se vislumbra el principio inspirador de la regulación nacional en cuestión (tuitivo o no) y, en su caso, el grado de protección conferido al agente comercial frente al principal. De hecho, entre las legislaciones nacionales de agencia de Estados terceros existe una acentuada diversidad en torno a cuestiones tales como la posibilidad de agente de reclamar comisiones devengadas por actividades que haya desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y que serán efectivamente realizadas una vez finalizado el mismo; los plazos de preaviso por finalización del contrato de agencia de duración indefinida por la voluntad unilateral del principal; los límites impuestos a las “cláusulas de no competencia”; y, muy especialmente, el derecho del agente comercial, bajo determinadas condiciones, al cobro de una indemnización o reparación del perjuicio por la extinción del contrato de agencia, de carácter indefinido, por causa no imputable al mismo.

Dichas indemnizaciones, que son las que constituyen el núcleo central de la Directiva de agencia y las que mayor litigiosidad suscitan, las contemplan únicamente las legislaciones nacionales protectoras del agente comercial. Y dentro de tales legislaciones, existen amplias divergencias en torno a cuestiones que afectan a las referidas indemnizaciones (cuantía de la indemnización a percibir por el agente comercial, sistema de cálculo de las mismas, etc.).

22. En los contratos de agencia comercial existe, con carácter general, un notable desequilibrio en la posición negocial de las partes. Lo habitual es que el agente comercial sea la parte débil de la relación contractual y que el principal le imponga los términos del contrato. El principal, en aras de obtener mayores beneficios económicos y de resultar más competitivo en el correspondiente mercado, tenderá a prevalecerse de su ventajosa posición negocial eludiendo las legislaciones nacionales protectoras del agente comercial. De hecho, es habitual que el empresario o principal, por medio de una cláusula de elección del ley, opte por una legislación, de un Estado tercero, que no se ampare en el principio tuitivo del agente comercial y que, por consiguiente, no respete el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente, por las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia. Dicha conducta del principal conlleva efectos negativos, por lo que ha de ser evitada.

Por un lado, ello es negativo para el mercado interior, ya que propicia una competencia falseada en el mismo.

Y, por otro lado, tal actitud también acarrea consecuencias negativas para los agentes comerciales, ya que éstos van a quedar desprotegidos frente a eventuales abusos del principal y, además, en clara inferioridad de condiciones con respecto a los agentes comerciales cuyo poder económico sea superior al de sus respectivos principales.

Al margen de lo señalado, tal actitud también va a resultar nociva para los principales que no gocen de la aludida situación de predominio negociador, ya que éstos van a operar en el correspondiente mercado en clara inferioridad de condiciones con respecto a los principales que sean más potentes.

2. La necesidad de alcanzar una coherencia valorativa entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE

23. En el marco del Reglamento “Roma I”, el contrato internacional de agencia comercial, como consecuencia de no existir ninguna norma de conflicto especial para esta categoría normativa en el seno del régimen especial de Derecho aplicable, quedará sujeto, por mera exclusión, al régimen general de determinación de la ley aplicable, contenido, como es sabido, en los arts. 3 y 4 del Reglamento. El régimen general de Derecho aplicable parte implícitamente de la base de que no existe una necesidad especial de protección, es decir, de una situación de equilibrio en la posición contractual de las partes.

Y, como hemos señalado más arriba, en el contrato de agencia comercial, pese a celebrarse entre dos profesionales (agente comercial y principal), suele existir un desequilibrio en la posición negocial de las partes; siendo común que el agente comercial sea la parte débil de la relación litigiosa y que el principal goce de un gran poder negociador y que, por lo tanto, le imponga al agente comercial los términos del contrato.

Teniendo en cuenta lo señalado, al menos *a priori*, el Reglamento “Roma I” muestra una descoordinación, esto es, una falta de coherencia valorativa, con la Directiva relativa los agentes comerciales independientes, cuyos objetivos han sido expuestos con anterioridad. Con el fin de evitar la referida descoordinación, habrá que recurrir a los mecanismos o instrumentos de conciliación del Reglamento “Roma I”, anteriormente señalados, en los términos que vamos a pasar a exponer.

24. En primer lugar, es preciso poner de relieve que, para conciliar las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4), queda descartada la vía consagrada por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, ya que la Directiva de agencia comercial no recurre a ninguna norma de conflicto para delimitar su ámbito de aplicación espacial. De hecho, como posteriormente veremos, la misma guarda absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación territorial.

25. En segundo término, señalar que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea puede entrar en juego cuando nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial, ya que éstos quedan sometidos, como acabamos de señalar, al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, que es el marco en el cual resulta operativa la referida cláusula. No obstante, teniendo en cuenta lo analizado en el anterior apartado del presente trabajo, la misma únicamente podrá resultar operativa, en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial, cuando se cumplan los siguientes presupuestos.

Por un lado, es preciso que nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario”. Se entiende por contrato “intracomunitario” a aquel contrato cuyos elementos estén vinculados al área de la Unión Europea. Por lo tanto, para que pueda entrar en juego la cláusula “de protección del mercado interior” es imprescindible que, en el momento de la elección de ley, los “elementos pertinentes”, es decir, los “elementos relevantes”, del contrato de agencia comercial de que se trate, se encuentren conectados al territorio de la Unión Europea, esto es, a Estados miembros de la Unión. Se entiende por “elementos relevantes” o “pertinentes” del contrato de agencia comercial a la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, al establecimiento profesional del empresario o principal y al mercado afectado. El mercado afectado es el mercado en el cual el agente comercial realiza su actividad profesional para el principal, el mercado en el cual capta la clientela para el empresario, esto es, el mercado en el que el agente comercial promueve los productos o servicios del principal. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial celebrado entre un agente comercial domiciliado en Portugal y un principal cuyo establecimiento profesional se halle en Francia; siendo el mercado afectado el español.

Por otro lado, para que pueda operar la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial, es necesario que haya elección de ley. Por lo tanto, la susodicha cláusula no entrará en juego en el supuesto de no haber ejercido las partes contractuales su autonomía conflictual (o de no ser válida la elección de ley, realizada por éstas, por haberse elegido, por ejemplo, la *lex mercatoria* como *lex contractus*), y de determinarse la *lex*

contractus con arreglo a la norma de conflicto especial prevista, por el legislador europeo en el apartado 1b) del art. 4, para los contratos de “prestación de servicios”. Dicha norma conflictual remite a la ley del país en el cual el “prestador del servicio”, esto es, el agente comercial, tenga su residencia habitual. En el ejemplo expuesto más arriba, la *lex contractus*, en el supuesto de no haber ejercitado las partes su autonomía conflictual y de no operar la cláusula de excepción (lo cual no suele ser nada común), sería la ley portuguesa³⁹. Por lo tanto, en los contratos internacionales de agencia comercial “intracomunitarios”, la ley objetivamente aplicable va a ser, necesariamente, la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, la cual, por lo tanto, va a respetar el nivel de protección mínimo conferido al agente comercial por la Directiva de agencia.

Es preciso aclarar que la cláusula de excepción, regulada por el apartado 3º del art. 4 del Reglamento “Roma I” para la generalidad de los contratos internacionales, cuya intervención es ya de por sí particularmente excepcional, va a intervenir muy poco en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial. A mi juicio, la intervención de la referida cláusula de excepción únicamente tendría sentido, en materia de contratos internacionales de agencia comercial, en el hipotético supuesto en que coincidiesen en el mismo Estado el establecimiento profesional del principal y el lugar en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal (mercado afectado). Y esta circunstancia es muy difícil que se produzca en la práctica, ya que los fabricantes o exportadores recurren a esta figura contractual con el objeto de colocar sus productos o servicios en mercados ajenos a aquel en el cual están establecidos, con la intención de hacerse, de este modo, más competitivos. No obstante, en el hipotético supuesto en que se produjese tal coincidencia, tratándose de un contrato de agencia comercial “intracomunitario”, la ley aplicable, tras la intervención de la cláusula de excepción, sería necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión europea; por lo que la susodicha ley respetaría la regulación material imperativa europea de agencia comercial.

Y, por último, para que pueda resultar operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial, es imprescindible que la ley elegida por las partes contractuales (agente comercial y principal) sea la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea, por ejemplo, la ley de agencia californiana. Si la ley elegida por las partes fuese la de un Estado miembro, por ejemplo, la ley de agencia alemana, no podría operar la referida cláusula general.

En el supuesto de conocer los Tribunales españoles de un litigio, derivado de un contrato internacional de agencia comercial, la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia resultaría aplicable, con independencia de cuál fuese la *lex contractus*, cuando se cumpliesen los presupuestos que acabamos de exponer y el supuesto contractual en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva de agencia. En suma, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente resultará aplicable cuando nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario” y se cumplan los presupuestos que acabamos de señalar. El cumplimiento de dichos presupuestos va a ser lo habitual en los contratos de agencia comercial “intracomunitarios”, ya que el principal va a tender a hacer uso de su predominio negociador, para que no resulten aplicables las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, por medio de la “elección unilateral” de la ley de un Estado tercero que no se base en el principio tuitivo y que, por consiguiente, no respete el nivel mínimo de protección del agente comercial impuesto por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

Sin embargo, en los contratos internacionales de agencia comercial “extracomunitarios” no cabrá, en ningún caso, recurrir a la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea para alcanzar la ansiada conciliación entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia. Tienen la consideración de contratos internacionales de agencia comercial “extracomunitarios” aquellos contratos de agencia comercial que tienen,

³⁹ Un detenido análisis de la problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial, tanto de los “intracomunitarios” como de los “extracomunitarios”, en el marco del Reglamento “Roma I”, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2011, pp. 24-46. En dicho trabajo estudio, tanto desde un enfoque *de lege lata* como *de lege ferenda*, el concreto alcance de la autonomía conflictual y la ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial “intracomunitarios” (pp. 26-37) y “extracomunitarios” (pp. 37-40).

al menos, uno de sus elementos desvinculado del territorio de la Unión Europea, ya sea la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, el establecimiento profesional del principal y/o el mercado afectado, esto es, el mercado en el cual el agente comercial realiza su actividad profesional para el principal. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual en Portugal, el principal tenga su establecimiento profesional en Canadá y el agente comercial se haya obligado a promocionar los productos del principal en el mercado español.

26. En los supuestos en los cuales no resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, el operador jurídico únicamente podrá recurrir a las “leyes de policía”, del ordenamiento jurídico del foro (en el supuesto de conocer un Tribunal español del litigio, de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia), para alcanzar la referida conciliación o coordinación entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE. De este modo, el Tribunal español recurrirá, necesariamente, a las “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro, con base en el apartado 2º del art. 9 del Reglamento “Roma I”, cuando se encuentre ante un contrato internacional de agencia comercial “extracomunitario” que contenga una cláusula de elección de ley a favor de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea que no respete el nivel de protección mínimo fijado, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia de 1986.

Tal sería el caso, por ejemplo, cuando el mercado afectado sea el español y un agente comercial (domiciliado en Francia) presente una demanda, ante los Tribunales españoles, contra un principal (cuyo establecimiento profesional se halle en California), solicitando la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial tras la ruptura unilateral del contrato de agencia comercial por causa no imputable al agente (la cual es objeto de regulación por los arts. 17-19 de la Directiva de agencia [los cuales constituyen el núcleo central de la misma]). Supongamos que el susodicho contrato internacional de agencia comercial (cuyo carácter es “extracomunitario”) contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley de un Estado tercero que no contemple la señalada indemnización a favor del agente comercial, como es el caso de la ley de agencia californiana. En tal supuesto, el Tribunal español aplicaría, con base en el art. 9.2 del Reglamento “Roma I” (que obliga a aplicar las “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro [español]), el art. 28 de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, el cual lleva a cabo la transposición de los arts. 17-19 de la Directiva 86/653/CE; los cuales han de recibir aplicación (tal como hayan sido transpuestos por el ordenamiento jurídico del foro), con independencia de cuál sea la *lex contractus* (la ley californiana en el ejemplo que acabamos de exponer).

27. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que, con independencia de tratarse de un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario” o “extracomunitario”, todas las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia comercial (tanto las expresa como las implícitamente imperativas [evidentemente, no las que gozan de carácter dispositivo]⁴⁰) han de recibir aplicación, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, ya sea por la vía de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea del Reglamento “Roma I” (mecanismo prioritario de conciliación) o por el cauce de las “leyes de policía” del Reglamento (mecanismo subsidiario de conciliación); siempre y cuando, por un lado, la relación de agencia comercial internacional cumpla los presupuestos necesarios para su operatividad, por otro lado, la *lex contractus* no respete el nivel de protección mínimo fijado, a favor del agente comercial, por la Directiva 86/653/CE y, por último, el supuesto contractual de que se trate entre dentro de su ámbito de aplicación espacial. Ello está en sintonía con la dualidad de intereses (públicos y privados) latente en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación (entre las que se encuentra la Directiva de agencia). Por lo tanto, es imprescindible analizar cuál es el ámbito de aplicación territorial de la Directiva de agencia.

28. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, que es una de las Directivas “de mínimos” más veteranas en el sector contractual

⁴⁰ En relación con el carácter de las disposiciones de la Directiva de agencia comercial, *vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2011, pp. 42-44.

y de las más controvertidas, presenta la peculiaridad de guardar absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual ha planteado en la práctica una interesante y compleja problemática, en sede de Derecho aplicable, que ha sido, al menos parcialmente, resuelta por vía jurisprudencial y, más en concreto, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia no podemos olvidar que tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea (incluido, pues, para los Tribunales españoles). La situación caótica creada por el silencio de la Directiva de agencia motivó que algunas legislaciones nacionales de agencia, de los Estados miembros de la Unión, delimitasen el ámbito de aplicación territorial de sus normas; lo cual generó una notable disparidad entre las referidas legislaciones y, por consiguiente, un elevado grado de inseguridad jurídica⁴¹. En concreto, algunas legislaciones nacionales de los Estados miembros (como es el caso, por ejemplo, de la legislación belga) han previsto una norma de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones en las situaciones privadas internacionales, existiendo notables disparidades entre los criterios de delimitación espacial por ellas acogidos. En cualquier caso, dichas normas de delimitación, que adoptan los Estados miembros de la Unión en beneficio de su propio ordenamiento jurídico, quedan fuera del alcance del efecto del principio de primacía comunitario. No obstante, la mayor parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros han mantenido el silencio de su fuente de inspiración por lo que al ámbito de aplicación espacial de sus normas se refiere. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, de la francesa, así como de la española. De hecho, el art. 3 de la legislación española de agencia consagra la imperatividad de sus disposiciones salvo expresa previsión en contrario, pero tan sólo hace referencia a la imperatividad interna, esto es, a su indisponibilidad por las partes en las situaciones privadas meramente internas.

Ambas actitudes de los legisladores nacionales de los Estados miembros conllevan la falta de uniformidad existente por lo que al ámbito de aplicación territorial del Derecho europeo de agencia se refiere, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, especialmente en las relaciones de agencia comercial “extracomunitarias”. De este modo, el Derecho europeo derivado, relativo a esta materia, recibirá o no aplicación en función de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en cuestión. Sin duda alguna, ello afecta negativamente a las transacciones comerciales internacionales realizadas en el seno del mercado interior y, consiguientemente, a su correcto funcionamiento.

29. El TJUE ha tratado de mitigar dicha situación caótica y poco uniforme, propiciada por la laguna de la Directiva de agencia, en su célebre y controvertida sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*)⁴². Pese a reconocer las virtudes de dicha sentencia, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica de las operaciones comerciales desenvueltas en el seno del mercado interior a través de la intermediación de un agente,

⁴¹ Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 65-69.

⁴² Dicha sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios tanto en la doctrina patria como en la extranjera: *vid.*, por ejemplo, A. FONT I SEGURA, “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)”, *RDCE*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; R. FREITAG / S. LEIBL, „Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?“, *RfW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, „Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich“, *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; R. MICHAELS / H.G. KAMANN, „Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - ‚Amerikanisierung‘ des Gemeinschafts-IPR?“, *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7, pp. 301-311; A. STAUDINGER, „Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie“, *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, „The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents“, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, “The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154. La sentencia *Ingmar* no se pronunció, por no ser ello objeto de la cuestión prejudicial planteada, sobre si las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes, en la forma en la que han sido transpuestas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, eran susceptibles de tener cabida dentro del art. 7 del Convenio de Roma (relativo a las leyes de policía) cuando el supuesto litigioso en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. Un exhaustivo análisis de esta polémica sentencia, fallada por el TJUE en el asunto *Ingmar*, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80.

estimamos que es el legislador europeo, y no el TJUE, el que hubiese tenido que determinar, por medio de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance espacial de las disposiciones imperativas de la referida Directiva europea.

La enorme repercusión que ha tenido dicha sentencia es debida a haber sido ésta la primera vez en que el TJUE se ha pronunciado en relación con la consideración y el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes⁴³. Y, más en concreto, en la sentencia *Ingmar*, el TJUE ha tomado partido en relación con la problemática relativa a la consideración y al ámbito de aplicación espacial, en las relaciones de agencia “extracomunitarias”, de los arts. 17 a 19 de la referida Directiva. Dichos preceptos, que regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la finalización del contrato de agencia, constituyen el núcleo central de la misma y de las relaciones internas entre el principal y el agente comercial.

El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que, en aras del objetivo perseguido por los arts. 17-19 de la Directiva (“proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior”), “es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable”. El TJUE añade que la función que desempeñan los arts. 17 y 18 de la Directiva exige que éstos “se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, (...), aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas”. Ello ocurría en el caso de autos, en que el agente comercial, que ejercía su actividad profesional en el área comunitaria, estaba establecido en el Reino Unido y el principal en California, y se había pactado una cláusula de elección de ley a favor de la ley californiana.

El criterio de delimitación espacial acogido por el TJUE, el del mercado afectado (esto es, actuación del agente comercial para el principal en el mercado de la Unión Europea), fue propuesto por el abogado general (Philippe Léger), por medio de sus Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000 en relación con el asunto *Ingmar*. Según el mismo, la “elección por las partes de una ley que no contemple la obligación de indemnización o que la relegue mediante el establecimiento de un régimen menos favorable reduciría la protección del agente. Al hacerlo, le colocaría en una situación desfavorable con respecto a sus competidores, a la vez que favorecería a su empresario con respecto a los demás empresarios”⁴⁴.

30. Por otro lado, aunque el TJUE sólo se refiera, en su sentencia de 9 de noviembre de 2000, a aquellos supuestos en los cuales las partes hayan hecho uso de su autonomía conflictual, los fines perseguidos por los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia justifican que los mismos también resulten aplicables, condicionado a que el agente ejerza su actividad profesional dentro de la Comunidad, en los supuestos en los cuales, en defecto de haber elegido las partes la ley rectora del correspondiente contrato internacional de agencia, el mismo se rija por la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, la sentencia *Ingmar* parece admitir implícitamente que la consideración y el propugnado criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia es extensible, igualmente, a las restantes disposiciones imperativas de la misma, ya que de sus Funda-

⁴³ En relación con la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto *Unamar*), *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; así como M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo”, *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 357-366. Dicha polémica sentencia prevé la eventual intervención de la normativa nacional de transposición, de la Directiva de agencia, como “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro, en un supuesto en el cual la ley elegida, por las partes contractuales, es la ley de un Estado miembro de la Unión Europea que ha llevado a cabo, correctamente, la transposición de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia y en el que la regulación contenida en la ley del foro sobrepasa el nivel de protección mínimo exigido por la mentada Directiva de 1986.

⁴⁴ *Vid.* el apartado 68 de dichas Conclusiones.

mentos Jurídicos se desprende, por un lado, que el criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia se deriva de sus objetivos y, por otro lado, que los intereses latentes detrás de los señalados preceptos subyacen detrás de las restantes disposiciones imperativas de la Directiva de agencia. En palabras del profesor A. BONOMI, el órgano jurisdiccional u operador jurídico, para identificar las normas materiales internacionalmente imperativas que no manifiesten expresamente dicho carácter, y para determinar su ámbito de aplicación espacial, ha de partir necesariamente del contenido y de los fines de la norma en cuestión. Según dicho autor, las normas internas, dictadas en ejecución de una Directiva europea, en aras de asegurar la plena realización de los principios del Derecho de la Unión Europea, deben gozar del carácter de normas de aplicación inmediata o necesaria, siempre que el objeto y la *ratio* de la Directiva en cuestión así lo justifique (como ocurre a título ejemplificativo, a su modo de ver, con la Directiva de 18 de diciembre de 1986); y ello con absoluta independencia de que la norma en cuestión (o incluso la propia ley nacional de transposición) contenga o no una disposición expresa en este sentido⁴⁵.

31. A mi juicio, desde una perspectiva *de lege ferenda*, el mecanismo más efectivo para alcanzar la ansiada coordinación, entre las normas de conflicto generales contenidas en el Reglamento “Roma I” y las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, es por medio de la consagración por parte de las instituciones europeas, con base en la posibilidad ofrecida por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, de una norma de delimitación expresa que determine el concreto ámbito de aplicación espacial de la referida Directiva europea en los mismos términos que la sentencia *Ingmar*.

32. En mi opinión, lo señalado en este apartado, en relación con el contrato de agencia comercial internacional, es extrapolable, con ciertos matices, al resto de los contratos internacionales objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales, ya que, como anteriormente pusimos de relieve, los objetivos (tanto públicos como privados) de las referidas Directivas coinciden⁴⁶.

⁴⁵ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, pp. 120-136, especialmente p. 125.

⁴⁶ *Vid.* el apartado I del presente trabajo.

The interplay of data, consumer and Private International law rules in the area of collective access to justice in the European Union*

La interacción entre las normas de protección de datos, de defensa de las personas consumidoras y de Derecho internacional privado en el ámbito del acceso colectivo a la justicia en la Unión Europea

DIEGO AGULLÓ AGULLÓ

*Assistant Professor of Private International Law
Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE*

ORCID ID: 0000-0003-2263-9369

Recibido: 14.06.2022 / Aceptado: 18.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7174

Abstract: The objectives of this essay are to address the relationship between public and private enforcement of the rights contained in the General Data Protection Regulation (GDPR) in terms of data protection representative actions; to make a general overview of Directive 2020/1828 and to analyze to what extent a systematic interpretation of the various rules of different legal disciplines that may be involved in representative actions is possible and desirable. Furthermore, this paper addresses the question whether the introduction in the GDPR of new heads of international jurisdiction is appropriate and how these relate to the classical heads of jurisdiction of Regulation 1215/2012 that may be applicable in the area of representative actions.

Keywords: representative actions, data protection, consumers.

Resumen: Los objetivos de este trabajo son abordar la relación entre la aplicación pública y privada de los derechos contenidos en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en lo que respecta a las acciones de representación de protección de datos; realizar una aproximación a la Directiva 2020/1828 y analizar hasta qué punto es posible y deseable una interpretación sistemática de las distintas normas pertenecientes a diferentes disciplinas jurídicas que pueden potencialmente aplicarse en materia de acciones de representación. Además, se estudia si la introducción en el RGPD de nuevos foros de competencia judicial internacional es adecuada y cómo se relacionan éstos con los foros del Reglamento 1215/2012 que podrían ser aplicables en el ámbito de las acciones de representación.

Palabras clave: acciones de representación, protección de datos, consumidores.

Sumario: I. Introduction. II. Closely related public and private personal data protection systems in the GDPR: the insertion of data protection representative actions. III. Consumer representative actions in Directive 2020/1828: a general overview. IV. Data protection and consumer law under

* This paper was written during my stay as Visiting Scholar at Columbia Law School (New York), funded by Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE.

the same umbrella in the area of representative actions: a systematic interpretation? V. International jurisdiction in cross-border representative actions. 1. Representative actions and heads of jurisdiction in Regulation 1215/2012. 2. Representative actions and the new heads of jurisdiction in the GDPR. VI. Final remarks.

I. Introduction

1. Consumer and personal data protection are two relevant pillars of the regulatory framework of the European Union (henceforth “EU”) institutions. In this context, one of the issues that has been discussed for many years is the possibility of introducing in the European Member States representative actions, a European version of American class actions¹. The goal of the adoption of this tool is, on the one hand, to favor access to justice for citizens in scenarios of mass damages and, on the other hand, to deter future wrongdoings harmful to the citizenry by companies operating in the European Union².

2. The entry into force in May 2018 of the very well-known Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (henceforth “GDPR”) should be highlighted at this point. The GDPR establishes two closely related mechanisms for the prosecution of offenses that violate the protection of personal data: one, focused on public enforcement through the imposition of fines on offenders, and the other, in the field of private enforcement which refers to the possibility of bringing individual or representative actions before the courts³.

3. The latest legislative push for representative actions at the EU level is “Directive (EU) 2020/1828 of the Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers (henceforth “Directive 2020/1828” or the “Directive”)⁴. It entered into force on 24 December 2020 and introduces, for the first time, representative actions for both injunctions and redress in all Member States of the European Union.

¹ The institutions of the European Union have made an effort not to call this system “class action”, as it is known in the United States, but “representative actions”. The argument behind this position is that the American class action is dysfunctional in the sense that it does not always seek the protection of the members of the class but the financial benefit of the litigants, in the framework of a highly competitive and specialized legal industry. See C. SMITHKA, “From Budapest to Berlin: How implementing class action lawsuits in the European Union would increase competition and strengthen consumer confidence”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, 2009, p. 178. See J. SPIER, “Balancing Acts: How to Cope with Major Catastrophes, particularly the Financial Crisis”, *Journal of European Tort Law*, vol. 4, 2013, p. 224. However, authors such as CASSONE and RAMELLO do not see so many negative aspects in the procedural or judicial entrepreneurship carried out by lawyers, so frequent in the United States in the area of class actions: “therefore, even though some commentators are uncomfortable with the idea of «selfish» individual interests being used as an instrument for promoting collective welfare, class action has the potential to recreate, in the judicial domain, the same effects that individual interests and motivations, governed by the perfect competition paradigm, bring to the market”. See A. CASSONE and G.B. RAMELLO, “Private, club and public goods: the economic boundaries of class action litigation”, in J.G. BACKHAUS, A. CASSONE, and G.B. RAMELLO (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 124. Regarding its denomination, the phenomenon of collective redress has been called by different names (e.g. collective redress, class action, collective action, representative action, multi-party action, group action, etc.), making its scientific study more difficult. See B. HESS, “Collective Redress and the Jurisdictional Model of the Brussels I Regulation”, in A. NUYTS and N. HATZIMIHAIL, *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Munich, Sellier, 2014, p. 59. See M.J. SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 25 and 26.

² See R. VAN DEN BERGH, and L. VISSCHER, “The preventive function of collective actions for damages in consumer law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2008, pp. 22-23. See R. D. BLAIR and C. DURRANCE, “The Economics of Antitrust Class Actions”, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, 2014, p. 203.

³ The complementarity of public and private enforcement, which is now being promoted in the GRPD, has occurred and has been studied with greater intensity in the field of antitrust law. See P. BUCCIROSSI and M. CARPAGNANO, “It is Time for the European Union to Legislate in the Field of Collective Redress in Antitrust (and how)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, 2013, p. 15.

⁴ Previously, Directive 93/13/EEC of the Council of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts regulated in its article 7.2, for the first time, the need for Member States to incorporate injunctive representative actions in their domestic legislation. Also noteworthy is the publication of the 2013 Recommendation introducing a horizontal and non-sectoral approach to

4. Consumer law and Data Protection law, to which Antitrust law or even Procedural law should be added, are often analyzed in a differentiated manner in the scientific literature but are beginning to find a strong common analytical framework in the area of European representative actions⁵.

5. It is worth mentioning the recent case of *Meta Platforms Ireland Limited v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V* (henceforth, “*Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*”), in which the CJEU ruled that national legislation that grants legal standing to a consumer association to bring a representative action for injunctive relief in data protection matters, without requiring the identification of the data subjects affected by the data breach or that they have given a mandate to bring such an action, does not preclude Article 80.2 of the GDPR⁶. In this particular case, the CJEU gives a broad interpretation of the concept of public interest referred to in the aforementioned article 80.1 of the GDPR by understanding that consumer associations can be considered as entities seeking such interest in the exercise of a representative action looking for the injunction of a data mishandling which in turn affects consumers and which has an impact in terms of unfair competition⁷. Despite not applying Directive 2020/1828 to the specific case, as we shall see, the CJEU performs a systematic interpretation of the GDPR in the light of the recently mentioned Directive⁸.

6. On the other hand, within the framework of the European integration process, Private International Law has been granted a privileged position with respect to other branches of law since the Member States, as expressed in article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), have transferred their legislative competence in this area to the institutions of the Union, generating a true Private International Law of the European Union⁹.

7. Until now the problematic issues of representative actions and Private International Law had to be addressed with the Private International Law instruments available to us. For international jurisdictional aspects, we had to turn to Regulation 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012, known as the Brussels I recast (henceforth “Regulation 1215/2012”) or, failing that, to the internal Private International law systems of each Member State. With the entry into force of the GDPR, new heads of jurisdiction were introduced for individual or representative actions in matters of personal data protection.

8. The objectives of this essay are, on the one hand, to analyze the relationship between public and private enforcement in the GDPR that give rise to data protection representative actions; make a

collective actions for injunctions in the European Union. See I. BENÖHR, “Collective Redress in the Field of European Consumer Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 41, 2014, 256. However, some Member States do not have a representative action system as proposed by the European legislator, as was the case with Lithuania or Luxembourg. Other Member States have systems of representative actions but have significant substantive and procedural law problems, as is the case in Spain. See Commission and British Institute of International and Comparative Law report on the *State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation* (JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099), 2017.

⁵ Antitrust representative actions have been a hot topic during recent years but it is beyond the scope of this essay. In this regard, see P. BUCCIROSSI and M. CARPAGNANO, *op. cit.* p. 15.

⁶ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, paras. 53, 55, 56 and 59.

⁷ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, paras. 65 and 66. Advocate General J. RICHARD DE LA TOUR stated in this case that “instances of the interaction between the law relating to the protection of personal data, consumer law and competition law are frequent and numerous, since the same conduct may be covered simultaneously by legal rules belonging to those different areas. Such actions contribute to making the protection of personal data more effective”. See Opinion of the Advocate General J. RICHARD DE LA TOUR, 2 December 2021, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, C-319/20, ECLI:EU:C:2021:979, para 81.

⁸ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, para. 81.

⁹ See G. CHRISTANDL, “Multi-Unit States in European Union Private International Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013, p. 227. See E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Article 81 [Judicial Cooperation in Civil Matters] (ex-Article 65 TEC)”, in H.-J. BLANKE and S. MANGIAMELI (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, 2021, p. 1550.

general overview of Directive 2020/1828 and, in this scenario, study whether Consumer and Personal Data Protection Law should be interpreted systematically in the area of European representative actions. Furthermore, we intend to address the question as to whether the introduction in the GDPR of new heads of jurisdiction is appropriate and desirable in the area of representative actions and how they relate to the classic heads of jurisdiction already contained in Regulation 1215/2012.

II. Closely related public and private personal data protection systems in the GDPR: the insertion of data protection representative actions

9. In addition to individual legal action, the GDPR recognizes the possibility of bringing representative actions for mishandlings of personal data¹⁰. The novelty now offered by this regulation is that to the mechanism of public enforcement for the protection of data rights of natural persons is added a mechanism of private enforcement of such rights. Henceforth, in addition to the possible fines that may be imposed by the competent data authority, persons harmed by data-related wrongdoing can have some control of the prosecution of such wrongdoing through the exercise of judicial actions¹¹.

10. The GDPR states that any company that detects a data security breach must formally notify any aggrieved individuals and the data authority (articles 33 and 34 GDPR)¹². Without prejudice to the investigation and possible sanction implemented by the data authority, individuals who have detected a security breach in the processing of their data or a breach of the duties of the controller or processor of their personal data, may register the corresponding administrative complaint with the aforementioned authority (article 15.1f GDPR). The data controller must also inform the data subject about the possibility of lodging such a complaint (14.1e GDPR).

11. Prior to the entry into force of the GDPR, in many Member States, the supervisory authority initiated the corresponding sanctioning procedure without the individual who brought the data wrongdoing to its attention knowing more about the procedure in question and whether or not the controller or processor of the data had been finally sanctioned¹³. With the current regulation, the data authority must inform the individual who filed the complaint whether or not proceedings have been initiated against the responsible company and the outcome of such proceedings.

12. Individuals are granted the possibility of exercising control over their personal data, beyond the action that can be taken by the supervisory authority¹⁴. To exercise this control, among other instruments, the GDPR articulates a collective protection mechanism —i.e. representative actions—, in addition to the individual one, so that those harmed by a data protection offence can request the cessation of such conduct and also demand compensation for the damage caused.

13. In this regard, article 79.1 provides that without prejudice to any remedy of an administrative or extrajudicial nature, including recourse to the supervisory authority, every data subject shall have

¹⁰ See L. JANČIŮTĚ, “Data protection and the construction of collective redress in Europe: exploring challenges and opportunities”, *International Data Privacy Law*, vol. 9, 2019, p. 14.

¹¹ See M. REQUEJO ISIDRO, “Procedural Harmonization and Private Enforcement in the Area of Personal Data Protection”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper (3)*, 2019, p. 8.

¹² See. C. VAN WAESBERGE and S. DE SMEDT, “Cybersecurity and Data Breach Notification Obligations Under the Current Future and Legislative Framework”, *European Data Protection Law Review*, no. 3, 2016, p. 396. See J. CHORPASH, “Do You Accept These Cookies? How the General Data Protection Regulation Keeps Consumer Information Safe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 40, no. 2, 2020, p. 234.

¹³ This was the case in some Member States, such as Spain. See P. DOZAPO FRAGUÍO, “La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente. (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, no. 68/2018, 2018, p. 145.

¹⁴ See L. LUNDSTEDT, “International Jurisdiction over Crossborder Private Enforcement Actions under GDPR”, *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, no 57, 2018.

the right to effective judicial protection exercised before the courts if an unlawful act affecting his or her personal data has been committed. Next, article 80.1 GDPR provides that every data subject shall have the right to mandate a “not-for-profit body, organization or association” with objectives in the public interest, to exercise the right referred to in article 79¹⁵.

14. By virtue of article 288 TFEU, Regulations - the GDPR is one of them - have direct applicability (they do not need a transposition instrument) and produce a direct effect (they can be invoked by European citizens as soon as they enter into force) in the Member States. Direct effect has two aspects: vertical, when a citizen can invoke the European rule against a State or public authority; and horizontal, when the European rule is invoked by a private individual against another private individual¹⁶.

15. The direct effect may be partial, if only one of the two aforementioned aspects takes place, or complete, if both occur¹⁷. In *Van Gend and Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, the CJEU specified, with regard to EU primary law, that in order to have direct effect the rule must be unconditional, clear and precise¹⁸. In *Politi v Ministero delle finanze* the CJEU stated that Regulations have a complete direct effect¹⁹.

16. The GDPR, in principle, should have direct applicability, so that a transposition of the regulation would not be necessary; and produce a full direct effect, so that citizens could invoke its provisions against the State and against other citizens. This valid theoretical approach, which is well established in European Union law, does not seem to be strictly applicable to personal data representative actions²⁰.

17. Regarding the direct applicability effect, it is crystal clear that article 80 GDPR is not sufficient to implement a real system of data protection representative actions in the Member States through the notion of direct applicability, but a regulatory development by the Member States is essential, a task that many national legislators have not carried out²¹. This problem is rooted in the fact that regulatory

¹⁵ Regarding the entity that may have standing to sue, article 80.1 requires that it should be “constituted in accordance with the law of a Member State, has statutory objectives which are in the public interest, and is active in the field of the protection of data subjects’ rights and freedoms with regard to the protection of their personal data”. As already noted in the introduction and will be addressed in more depth in section 4 of this essay, the CJEU gave a broad interpretation of the notion of “public interest” of the entity with standing. The CJEU determined that a national law granting standing to a consumer association for the exercise of representative actions in data protection matters should be interpreted as not precluding article 80 GDPR as long as the representative action was indeed intended to protect a right covered by the GDPR itself. See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, paras. 65 and 66.

¹⁶ See B. DE WRITE, “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, in P. CRAIG AND G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 1999, p. 184.

¹⁷ See R. TORINO, “The Internal Market. Short history and basic concepts”, in R. TORINO (Ed.), *Introduction to European Union Internal Market Law*, 2017, p. 20.

¹⁸ See CJEU 5 February 1963, *Algemene Transport— en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

¹⁹ As it is regulated in article 288 TFEU, now in force. See CJEU 14 December 1971, *Politi S.A.S., Robecco sul Naviglio v. Ministry for Finance of the Italian Republic*, 43/71, ECLI:EU:C:1971:122.

²⁰ In *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, the CJEU stated: “in that regard, it must be recalled that, according to the Court’s settled case-law, pursuant to Article 288 TFEU and by virtue of the very nature of regulations and of their function in the system of sources of EU law, the provisions of those regulations generally have immediate effect in the national legal systems without it being necessary for the national authorities to adopt measures of application. Nonetheless, some of those provisions may necessitate, for their implementation, the adoption of measures of application by the Member States (judgment of 15 June 2021, *Facebook Ireland and Others*, C645/19, EU:C:2021:483, paragraph 110 and the case-law cited). That is the case, inter alia, of Article 80(2) of the GDPR, which leaves the Member States a discretion with regard to its implementation. Thus, in order for it to be possible to proceed with the representative action without a mandate provided for in that provision, Member States must make use of the option made available to them by that provision to provide in their national law for that mode of representation of data subjects”. See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322, paras. 58 y 59.

²¹ Member States such as Spain, Belgium, France or Germany have not regulated data protection representative actions thereby failing to comply with article 80 GDPR. Other Member States have implemented a regulation that differs from the provisions of article 80 GDPR. However, it does not seem that the European legislator wanted to give so much leeway to the

competence in procedural law has not been ceded to the institutions of the European Union but remains a competence of the national legislators²².

18. Problems of direct applicability have their consequence on the vertical direct effect. It could be argued that in those Member States where there is no regulatory development of something as complex as representative actions, an entity with legal standing cannot invoke article 80 before a judicial authority when the judge does not have the appropriate national legal mechanisms to carry out a collective process and therefore is unable to enforce article 80 GDPR²³.

19. In spite of all these problems, it can be concluded that the mechanisms of *public and private enforcement* are parallel, but they feed and interact with each other. With the introduction of the obligation to inform the injured individual of the data protection offence on the part of the controller or processor responsible, any data offence becomes known, at least to the injured individuals who, in turn, may bring it to the attention of entities with legal standing, so that these entities may exercise the corresponding representative actions —where regulated—, without prejudice to any individual action which remains intact²⁴. In this scenario, the instance hearing the representative action may request from the data authority the sanctioning file and all the documents contained therein. In this sense, the data wrongdoing could be accredited in the jurisdictional venue by what was resolved in the administrative venue.

III. Consumer representative actions in Directive 2020/1828: a general overview

20. The entry into force of Directive 1828/2020 obliges Member States to introduce in their national laws a system of injunctions and compensation actions in defense of consumers only, which complies with the objectives set out in the Directive itself. Member States shall adopt and publish laws and regulations that will enable them to comply with such objectives by 15 December 2022 and these rules shall enter into force as of 15 June 2023²⁵.

national legislator when regulating data protection representative actions. See A. PATO, “The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU”, *MPI-LAPL Summer School Working Paper*, 3rd ed, 2019, p. 20.

²² When a topic with procedural significance is legislated in EU law, the rules that regulate it generally invoke precepts of (generally, substantive) law contained in the treaties. In the case of the GDPR, recital 1 refers to article 8.1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2012/C 326/02) and article 16.1 TFEU (both referring to the protection of personal data of EU citizens). See G. WAGNER, “Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives”, in X.E. KRAMER and C.H. VAN RHEE, (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague, Springer, 2012, p. 107.

²³ See M. BRKAN, “Data protection and European Private International Law”, *Robert Shuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2015/40*, 2015, p. 10.

²⁴ In the Civil Law jurisdictions, a scrupulous respect for individual action has been ensured to the detriment therefore of a significant development of representative actions, on the understanding that individual action embodies the fundamental pillar of citizen access to justice. TARUFFO argues that “the traditional perception is that only individuals are vested with a right of action for the protection of their own individual substantive rights. The typical plaintiff is an individual who files a claim concerning an allegedly violated single and specific right of his or her own and seeks an individual remedy against an individual defendant”. See M. TARUFFO, “Some remarks on group litigation in comparative perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11, n° 2, 2001, p. 415. In the same vein, see H.L. BUXBAUM, “Public regulation and private enforcement in a global economy: strategies for managing conflict”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 399, 2019, p. 362. This sometimes overly strict respect for the consumer’s individual action persists in Directive 2020/1828, as can be seen from recital 48: “injunctive measures issued under this Directive should be without prejudice to individual actions for redress measures brought by consumers who have been harmed by the practice that is the subject of the injunctive measures”.

²⁵ Some Member States could delay the transposition of the Directive as long as possible or not transpose it at all if they consider that their legislation already complies with the objectives set by Directive 2020/1828, given the leeway that this Directive gives to Member States. In this regard, recital 11 of Directive 2020/1828 states that “taking into account their legal traditions, it should leave it to the discretion of the Member States whether to design the procedural mechanism for representative actions required by this Directive as part of an existing or as part of a new procedural mechanism for collective injunctive measures or redress measures, or as a distinct procedural mechanism, provided that at least one national procedural mechanism for representative actions complies with this Directive”.

21. Directive 2020/1828 grants legal standing to “qualified entities” which it defines as “any organization or public body representing consumers’ interests which has been designated by a Member State as qualified to bring representative actions”. Articles 4 and 5 regulate criteria of transparency and strong control of the activity of these entities which, in any case, must be non-profit and have as an essential objective the protection of consumers²⁶.

22. The representative actions referred to in the Directive only protect consumers, defined as “any natural person who is acting for purposes which are outside his own trade, business, craft or profession” (article 3.1). The problem with this subjective restriction is that it is sometimes complicated for the instance hearing the representative action to determine whether each of the affected individuals is a consumer or not, and this can complicate the exercise of some representative actions²⁷.

23. Directive 2020/1828 gives Member States the freedom to design an opt-in system, an opt-out system or a mixture of both²⁸. For injunctive actions, article 8 provides that “in order for a qualified entity to seek an injunctive measure, individual consumers shall not be required to express their wish to be represented by that qualified entity” and, for redress actions, article 9 regulates that “Member States shall lay down rules on how and at which stage of a representative action for redress measures the individual consumers concerned by that representative action explicitly or tacitly express their wish within an appropriate time limit after that representative action has been brought, to be represented or not by the qualified entity in that representative action and to be bound or not by the outcome of the representative action”.

24. However, article 9.3 provides that, for redress representative actions, where the injured parties are habitually resident in a Member State other than the one in which the representative action is to be brought, national legislators must provide for an opt-in system: “Member States shall ensure that individual consumers who are not habitually resident in the Member State of the court or administrative authority before which a representative action has been brought have to explicitly express their wish to be represented in that representative action in order for those consumers to be bound by the outcome of that representative action”²⁹. Article 9.6 also regulates that “Member States shall ensure that a redress

²⁶ The European Union legislator has opted for public or private entities specifically dedicated to the protection of consumer rights to be the ones with legal standing, instead of a leading lawyer or a leading injured person being the one in charge of forming the class and bringing the representation action, as is the case in many Common Law jurisdictions. Member States will have to determine what type of organizations have standing. In Member States such as Spain, it is the consumer associations -private entities- that exercise practically all representative actions (in Spain, besides consumer associations, other entities such as the Public Prosecutor or *ad hoc* group of consumers, among others, have legal standing). In other Member States, it is public entities that have legal standing. For example, in Finland, the public entity *Kuluttaja-asiamies* has standing and in Lithuania, the Consumer Rights Protection Center - CRPC. See P. CORTÉS, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market. Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 31. It can be argued that the will of the European legislator in Directive 2020/1828 is to have a strong control of the standing to sue, which also serves as a filter to avoid misuse of the system. As indicated, the Directive opts for a legal standing concentrated in a closed list of entities, over which strict public control is foreseen. It thus excludes any manifestation of spontaneity and any room for action by individuals. See F. GASCÓN INCHAUSTI, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 1322.

²⁷ LLAMAS POMBO, when referring to the Spanish civil procedure regulation, advocates for a flexible interpretation of such legal requirement. It is not possible to apply it otherwise, nor to attribute to the judge the obligation to investigate case by case the concurrence of the legal requirements in relation to subjects that sometimes by definition are indeterminate or difficult to determine, especially in cases of non-contractual liability. See E. LLAMAS POMBO, “Requisitos de la acción colectiva de Responsabilidad Civil”, *Diario La Ley*, no 7141, 2009, p. 1.

²⁸ See Directive 2020/1828, recital 43.

²⁹ While Directive 2020/1828 requires injured individuals to expressly show their willingness to participate in the representative action when they are habitually resident in a State other than the one in which the action is to be brought, the Directive does not refer to how the consumers concerned should be notified in order to enable them to communicate this willingness. The legal instruments to which we must resort in terms of international notification are, at the level of EU law, Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000 (henceforth, “Regulation 1393/2007”). As of 1 July 2022, Regulation 1393/2007 will be replaced by the new Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the service in the Mem-

measure entitles consumers to benefit from the remedies provided by that redress measure without the need to bring a separate action”³⁰.

25. As indicated in the introduction of this paper, the European Union legislator avoids the American class action model in which it is a leading lawyer or leading injured party who brings the action and is in charge of forming a class of affected individuals. Directive 2020/1828 introduces a redress collective mechanism in all Member States but rejects punitive damages and even rejects the use of the American nomenclature, i.e. class action, referring at all times to “representative action”³¹. The expla-

ber States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) (recast) (henceforth, “Regulation 2020/1784”). At the treaty level, we highlight the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (henceforth, the “Hague Convention on the service of documents”), without prejudice to the existence of other bilateral instruments that may deal with international service. In the absence of application of the Regulation 1397/2007 or of the Hague Convention on the service of documents, we will have to resort to the national rule that may regulate this matter. Neither Regulation 1393/2007 nor Regulation 2020/1784 refer to notifications in representation actions, which is a missed opportunity as far as Regulation 2020/1784 is concerned. In fact, it could be argued that neither of the aforementioned Regulations could apply when the consumers who could potentially benefit from the representation action were undetermined (i.e. in many cases) since article 1.2 of both Regulations require that in order to be applicable it is necessary that the address of the notified person is known, something difficult to comply with when a representative action is exercised without identification of the injured parties under article 7 of Directive 2020/1828. The mentioned article 7 only requires for the exercise of the action that the qualified entity provides the court or administrative authority with sufficient information about the consumers concerned. Article 9.5 of Directive 2020/1828, in relation to redress actions, state that “where a redress measure does not specify individual consumers entitled to benefit from remedies provided by the redress measure, it shall at least describe the group of consumers entitled to benefit from those remedies”. Thus, the Directive promotes a regulation of representative actions in which it is not necessary to identify a priori the consumers concerned, which may be incompatible with an opt-in system for consumers with habitual residence in other Member States to whom the notification of the representative action becomes complicated. In addition, the Hague Convention on the service of documents nor does regulates the notification in matters of representative actions, and its current text does not seem to be well suited to this phenomenon either.

³⁰ This last point poses a challenge, especially for the Civil Law jurisdictions: how to determine the amount of compensation at the outset when the consumers represented are not determined and how to avoid subsequent actions in which the amount is determined individually. MASCARELL NAVARRO, when referring to the Spanish legal system, mentions the problem of the illiquidity of the representative action court judgment and argues that the court decisions must necessarily be liquid. This author explains that, otherwise, the representative action would lose much of its usefulness if judgments were allowed to be illiquid and the amount of compensation had to be settled in subsequent lawsuits. MASCARELL NAVARRO further argues that for the judgment to be liquid, the plaintiff must state in the claim the amount claimed or clearly establish the basis for quantification by means of a simple arithmetic operation. If the quantum is not established in the collective protection judgment, and it is determined on a case by case basis, as individual enforcement actions are exercised, a situation of legal uncertainty could be generated for the defendant. The latter would not know *ab initio* what compensation they are facing, although in many cases they could make their own calculations if they have the information regarding the number of consumers with whom they subscribed a contract. See M.J. MASCARELL NAVARRO, “Adhesión a la sentencia colectiva de condena de los consumidores y usuarios no determinados individualmente (la vía del art. 519 LEC)”, *Justicia*, no 2, 2018, pp. 96-97. GASCÓN INCHAUSTI argues that a total amount of compensation (aggregate sum) could be established in the representative action judgment, which is derived from the use of a mechanism or mathematical formula (aggregate proof of claim) that makes it possible to calculate the damage caused and, consequently, the total amount of compensation. This total amount is set out in the representative action judgment. See F. GASCÓN INCHAUSTI, “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, no 6, 2011, p. 72. SMITH was in favor of this measure and stated that it should be included in the next directive regulating representative actions, something which in the end did not happen regarding Directive 2020/1828. This author indicated that ideally, the claim for damages should be available in the Member States on the basis that the court can issue a decision stating the total amount or aggregate amount to be compensated and that, subsequently, this amount should be distributed among each of the injured individuals. See V. SMITH, “Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: More Questions than Answers?”, *Business Law Review*, august/september, 2011, p. 206. Article 9.6 of Directive 2020/1828 also states that “Member States may lay down rules on the destination of any outstanding redress funds that are not recovered within the established time limits”.

³¹ See footnote 1. Regarding punitive damages, in contrast to the approach taken in the United States, the common position of the EU institutions is to disallow or discourage them. Recital 10 of Directive 2020/1828 states: “to prevent the misuse of representative actions, the awarding of punitive damages should be avoided and rules on certain procedural aspects, such as the designation and funding of qualified entities, should be laid down”. Another example of this is its express prohibition in the recent proposal on the modernization of the European Energy Charter, which expressly states that a new article on the assessment of damages should be included, stating the following: “monetary damages shall not be greater than the loss suffered by the Investor as a result of the breach of the provisions referred to in Part III, reduced by any prior damages or compensation already

nation behind this approach is to avoid the creation of a litigation industry that seeks more the financial benefit of the litigator than that of the consumer but, at the same time, EU legislator wants to introduce a representative action system that also seeks deterrence³².

26. One of the relevant aspects that we must take into account and on which Directive 2020/1828 does not pronounce itself is how the relationship between a representative action and other subsequent individual actions that may be brought by affected consumers is regulated. Specifically, we refer to the institutions of *lis pendens*, related actions and the effect of *res judicata*, all of them elements that, at different procedural moments, seek the same objective: the avoidance of parallel proceedings that give rise to contradictory or irreconcilable court decisions³³.

provided by the Contracting Party concerned. The tribunal shall not award punitive damages”, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf (latest consultation 30/05/2020). DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN considers that punitive damages are alien to continental European systems and that there are powerful reasons for this. If one wants to punish and is authorized to punish, it does not seem fair or equitable to provide the person who suffered a damage with sums that are greater than this damage, because in such a case they are being enriched. The author adds that if it is considered fair to obtain from the perpetrator of a wrongful act, fines or the like, beyond the amount of the damage actually caused, it is only fair that these sums should go to the common people or, in other words, to the public treasury. See L. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 46. GARCÍA RUBIO and OTERO CRESPO point out that “in terms of the compensatory scheme, like many other European jurisdictions, punitive damages are not available at the moment”. See M.P. GARCÍA RUBIO and M. OTERO CRESPO, “Rebuilding the Pillars of Collective Litigation in the Light of the Commission Recommendation: The Spanish Approach to Collective Redress”, in E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO, and V. SMITH (eds.), *Collective redress in Europe: why and how*, London, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 2015, p. 142. However, we could say that punitive damages are not entirely alien to the legal systems of the Member States of the European Union, especially in the United Kingdom (a Member State until recently) and Ireland, which recognize the existence of this type of damages, although not as strongly as the American system does. Also in EU law, some damages that could be identified as punitive are timidly recognized with regard to consumer credit, anti-discrimination in the workplace and, particularly, with regard to discrimination between women and men. See H. KOZIOL, “Punitive Damages - A European Perspective”, *Louisiana Law Review*, vol. 68, 2008, p. 749. Outside the European Union, in other jurisdictions such as Argentina, it seems that the legislator has opted to enhance the “punitive function” of civil liability instead of fostering the development of representative actions. It has been understood that the best way to deter companies from committing abuses in their relations with consumers and to encourage consumers to go to court to seek redress for their violated rights is, on the one hand, that the company that commits the abuse suffers a punishment, and, on the other hand, that the consumer appreciates that exercising his or her individual action is worthwhile insofar as he or she may receive an amount greater than the mere value of the damage caused. See M.N.G. COSSARI, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2017, pp. 13 et seq. On punitive damages and private international law, see *in extenso* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado español y europeo, in M-J. HERRADOR GUARDIA (dir.): *Derecho de daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 383-462.

³² Regarding the deterrence function of representative actions, see Directive 2020/1828, recitals 5 and 60.

STADLER argues that representative actions can function as a mechanism with a regulatory goal insofar as the mere existence of an effective instrument for the collective protection of injured consumers would encourage companies to change their marketing strategies and to comply strictly with consumer protection standards. See A. STADLER, “Group actions as a remedy to enforce consumer interests”, in F. CAFAGGI and H.W. MICKLITZ, *New frontiers of consumer protection. The interplay between private and public enforcement*, Oxford, Interselia, 2009, p. 316. Civil law jurisdictions have traditionally characterized their civil liability systems as having a compensatory purpose, i.e. aimed at repairing the damage caused. To this effect, PANTALEÓN PRIETO has stated that, in general in European law, civil liability has a purely compensatory function. It seeks only to compensate the injured party for the damage that the liable party has caused them and not to punish them for what they have done, nor to prevent them from continuing to do so. See F. PANTALEÓN, *La importación de “frigoríficos jurídicos”*, El País - Opinion, 1999, https://elpais.com/diario/1999/07/18/opinion/932248805_850215.html (latest consultation 07/06/2022). However, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN recognizes, that civil liability may have a preventive effect if we speak of prevention as a psychological impulse that may be experienced by the citizen who, recognizing the rule, tries to avoid the unfavorable consequences that would result from its application. See L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 46. Although it must be accepted that the civil liability systems of the Civil Law jurisdictions are of a purely compensatory nature, there is nothing to prevent us from considering that a good dispute resolution system, in this case a well-designed system of representative actions, could have, at least, a function of deterring the commission of unlawful acts against consumers.

³³ The relationship between representative actions and individual actions has always been complex and not well resolved by many of the domestic laws of the Member States. This complicated relationship is particularly apparent with regard to *lis pendens* and *res judicata* effect. In CJEU 14 April 2016, joint cases 381/14 and C-385/14, *Jorge Sales Simués v. Caixabank SA and Youssouf Drame Ba Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA)*, ECLI:EU:C:2016:252 the CJEU established that collective action and individual action have different purposes and nature (para. 36) and that this is not a harmonized issue at European level, so it is a matter to be regulated at national level (para. 32). It seems that this very sharp position contained in this decision of the CJEU is not the best approach since, in fact, in our view, representative actions and individual actions are related, and

27. Each Member State will have to address these aspects by adapting its domestic procedural law. However, Directive 2020/1828 states in article 15 that “Member States shall ensure that the final decision of a court or administrative authority of any Member State concerning the existence of an infringement harming collective interests of consumers can be used by all parties as evidence in the context of any other action before their national courts or administrative authorities to seek redress measures against the same trader for the same practice, in accordance with national law on evaluation of evidence”. This is a novel issue as it obliges all Member States to recognize as evidence in subsequent proceedings judicial or administrative rulings decisions the existence of an infringement against consumer rights³⁴.

28. Another aspect introduced by Directive 2020/1828 that is not only new in the area of representative actions, but also an innovation at a general level in European Union law, is the regulation of “third-party funding” (TPF). TPF is a mechanism for financing by a third-party funder of the legal action. The third-party funder invests in the lawsuit and, if the funded party is successful, the funder will receive a portion of the compensation. If the funded party is unsuccessful, the third party funder will lose his or her investment³⁵.

29. In February 2021, the European Parliament published the Report entitled “Responsible private funding of litigation” which contains a series of recommendations for a possible future regulation of TPF in the European Union. In conjunction with the TPF Report of the European Parliament, the “Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL))” (henceforth, “Draft Report”) was published, which includes, in its Annex a model proposal for a Directive on litigation funding for all types of claims or actions³⁶.

30. The regulation of the TPF on representative actions is understood as part of a generalized concern of the European legislator that this type of actions should not be frustrated by a lack of financial resources³⁷. Thus, in addition to regulating the TPF, it is established that, without the Member States having to directly finance the exercise of representation actions, the national regulation should favor access to these resources by entities with legal standing. Thus, it regulates the limitation of court or administrative fees or access to legal aid. Qualified entities may be allowed to request a modest entry fee or similar charge to participate in the representation action (article 20)³⁸.

representative actions may have an effect on both individual and other representative actions that are brought subsequently, so that a regime, although perhaps not of *lis pendens stricto sensu*, but of related actions should apply, both at national and international/European level. In the latter, art. 30 of Regulation 1215/2012 may apply. Directive 2020/1828 indirectly limits itself to leaving this task to the national legislator, as can be seen from recital 48: “Member States should lay down rules for the coordination of representative actions, individual actions brought by consumers and any other actions for the protection of the individual and collective interests of consumers as provided under Union and national law”. On this issue, see extensively A. NUYTS, “The Consolidation of Collective Claims Under Brussels I», in A. NUYTS and N. HATZIMIHAIL, *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Munich, Sellier, 2014, pp. 69-83.

³⁴ This regulation confirms the existing relationship between representation actions and subsequent actions, particularly when they address the same trader for the same practice which requires a certain legal development that coordinates them. If a judgment resulting from a representative action is to be adduced as evidence in a second lawsuit, it makes sense for this second lawsuit to be suspended until the first lawsuit from which the judgment is to be derived is fully completed.

³⁵ See E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, no 2, 2016, p. 204.

³⁶ The Draft Report, in our opinion, does not contain an adequate TPF regulation. If such regulation were finally enacted, it would be putting an end to the TPF market in the European Union to the benefit of other jurisdictions such as the United States. Thus, the Draft Report intends that the entire TPF agreement be disclosed in any case, applies to both ordinary jurisdiction and arbitration—potentially damaging the arbitration industry in the EU—, and proposes a regulation that is perhaps too strict and intrusive for litigation funders. In this regard, see my previous paper D. AGULLÓ AGULLÓ, “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, pp. 183-231.

³⁷ GARCÍA RUBIO and OTERO CRESPO state that «funding and costs issues are closely related to effective access to justice, notably when cases concern consumer law issues, as the costs of civil litigation are usually high». See M.P. GARCÍA RUBIO and M. OTERO CRESPO, *op. cit.* p. 147.

³⁸ The national legislator will have to determine what type of financing it regulates for representative actions without being obliged to finance them with public money. See Directive 2020/1828, recital 70. A Member State may choose to establish a

31. Coming back to TPF, article 10.1 of Directive 2020/1828 establishes the general obligation of the Member States to introduce rules that adequately address conflicts of interest in such a way that the financing of a lawsuit by a funder who has a financial or strategic interest in the outcome of the action does not prevent the representative action from being brought for the protection of the interests of consumers, which is the purpose of this collective protection mechanism. In this regard, article 10.2 of Directive 2020/1828 refers to the fact that national regulation must ensure that the decisions of the qualified entity bringing the actions and obtaining the funding act in the interests of consumers and not in pursuit of any other objective. Article 10.2 also refers to the fact that the financing may not be offered by a competitor of the defendant or where the defendant is dependent on the funder.

32. In order for the plaintiff to comply with these requirements, article 10.3 provides that the claimant must disclose to the judge a financial overview of the sources of financing obtained. It is noteworthy that there is no requirement to disclose the financing arrangement in its entirety, as is required by the Draft Report (article 15.3). In the event that the judge identifies a lack of compliance with such requirements, they may require the plaintiff, in accordance with article 10.4 of the Directive, to refuse or modify the financing and may ultimately deny the legal standing of the qualified entity.

33. Directive 2020/1828 regulates the duty of disclosure from the protective approach of safeguarding the weaker party in the contractual relationship, in this case the consumer, so that the judge intervenes directly to ensure that the financing does not harm those protected by the representative action.

34. Directive 2020/1828 also provides for the possibility of terminating the representative action through a settlement agreement between the qualified entity and the defendant (article 11). The Directive provides that the parties may propose the settlement to the judge or that the judge may urge the parties to reach such a settlement. The settlement shall be subject to the scrutiny of the judge, who will be able to approve it or refuse it if it is considered contrary to national law or if it contains conditions that cannot be enforced, taking into account the interest of the parties and, particularly, the interests of the protected consumers. If the settlement is refused, the judge shall continue to hear the representative action³⁹.

35. Article 11.4 of Directive 2020/1828 states that “approved settlements shall be binding upon the qualified entity, the trader and the individual consumers concerned” but specifies that “Member States may lay down rules that give the individual consumers concerned by a representative action and by the subsequent settlement the possibility of accepting or refusing to be bound by settlements”. Again, the individual action of the consumer is still protected in any case⁴⁰.

36. Directive 2020/1828 also refers to the need for adequate information on the representative actions being carried out in each Member State of the European Union. Therefore, some requirements are included for qualified entities regarding their duty to communicate and notify which representative actions they are going to exercise (art. 13). Directive 2020/1828 procures the establishment by the Euro-

system of loser pays principle but must ensure that the viability of the qualified entity is assured and that the exercise of an unsuccessful representative action does not frustrate its financial survival in the medium or long term. The problem of loser pays principle is when the representative actions are financed with public money, because if the action is unsuccessful, the costs of the process are being paid with public money without having compensated the consumers who were initially intended to be protected. The proposal regarding that each injured party should contribute a small amount to finance the representative action is interesting insofar as, in our opinion, it does not represent a major impediment to access to justice and makes it possible to finance its exercise without the need to resort to TPF or to use public money.

³⁹ In the area of settlement agreements, the Dutch system may be of interest (*Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie* of 27 June 2005). This is a very particular instrument. As KRAMER warns, we are dealing with an “settlement without action”, that is, no collective action but directly an attempt at collective agreement. X.E. KRAMER, «Securities Collective Action and Private International Law Issues in Dutch WCAM», *Global Business & Development Law Journal*, vol. 27, 2014, p. 239. Regarding settlement agreements in the Netherlands, see T. ARONS and W.H. VAN BOOM, “Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from The Netherlands”, *European Business Law Review*, 2010, pp. 857-883.

⁴⁰ See footnote 24.

pean Commission of a database that collects relevant information regarding different aspects mentioned in article 14 of the Directive⁴¹.

IV. Data protection and Consumer law under the same umbrella in the area of representative actions: a systematic interpretation?

37. President Kennedy, in his “Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest” began by stating that “consumers, by definition, include us all”⁴²; and he was right in this statement: all of us, or most of us, are consumers when we go to the supermarket to do our weekly shopping. We are consumers when we buy a drink on a sunny Sunday or when we purchase a technological product for our personal use through, for example, an online shopping platform. All citizens, in short, are consumers in their daily lives on many occasions.

38. From a European perspective, the idea of protecting the consumer is based on the fact that the consumer is a weaker party in the contractual relationship. In general, consumers cannot negotiate the terms of the contract, but merely adhere to it: their only choice, in the best of cases, is limited to deciding whether or not to enter into the contract⁴³. In this scenario of contractual inequality, abuses can occur on the part of the companies, and EU law has set itself the objective, for several decades now, of providing the consumer with the means to make this contractual relationship less and less unequal. It is in this scenario that Directive 2020/1828 has been enacted⁴⁴.

39. The notion of consumer is changing and somewhat fluctuating in the field of European private law, in both substantive and procedural international law. Directive 2020/1828 defines a consumer as “any natural person who acts for purposes which are outside that person’s trade, business, craft or profession” (article 3.1). Regarding Private International Law, in *Gruber*, the CJEU stated that “a person who concludes a contract for goods intended for purposes which are in part within and in part outside his trade or profession may not rely on the special rules of jurisdiction laid down in Articles 13 to 15 of

⁴¹ In addition, it is necessary for Member States to introduce rules that address the proper functioning and transparency of qualified entities. Art. 5 of Directive 2020/1828 deals with the information and supervision of qualified entities. This article establishes, in its point 1, that each Member State must communicate to the Commission the qualified entities that it designates for the exercise of cross-border representative actions. In turn, the Commission must make public a list of all the designated entities. Point 2 regulates that Member States must ensure that information on qualified entities for the exercise of representative actions is available to the public and point 3 states that they must, at least every 5 years, review that the qualified entities comply with all the requirements and that, if they do not do so, they will lose their status as qualified entities. Point 4 establishes that if either the Member State or the Commission has any indication or concern about the lack of compliance with the requirements of a qualified entity, the Member State that designated it must investigate. The defendant may also note that, in its opinion, the qualified entity does not comply with such requirements.

⁴² See President J.F. KENNEDY, *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest* (15 March 1962), <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest> (latest consultation 16 May 2022).

⁴³ See S. DE VRIES, “Consumer protection and the EU Single Market rules – The search for the «paradigm consumer», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2012, p. 242. KUIPERS explains that “the Commission considers that consumer welfare is at the heart of well-functioning markets. The final objective is to protect consumers effectively from serious risks and threats”. See J.J. KUIPERS, *EU and Private International Law. The Interrelationship in Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 192. The European Union’s interest in developing consumer protection rules has been described by DALHUISEN as probably excessive. However, the fact remains that the Union’s institutions are merely reaffirming their commitment to the development of legislative packages aimed at increasingly protecting the weaker party in the contractual relationship. See J. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 269.

⁴⁴ CAPPELLETTI underlined the three areas from which the phenomenon of representative actions has been analyzed (economic, social and legal): “some writers have discussed the “economic justification[s] of the class action; others have demonstrated the vital importance of «public interest law», and especially the class action, as a tool to equalize the parties in litigation; still others have analyzed the legal significance of developments in the area of public interest representation in one or another particular country, especially the United States where such developments have been most advanced and meaningful”. See M. CAPPELLETTI, “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, *Buffalo Law Review*, vol. 25, no 3, 1976, p. 644.

the Convention, unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply, the fact that the private element is predominant being irrelevant in that respect”⁴⁵.

40. However, in *Schrems*, the CJEU seems to change its jurisprudence. The particularity of social networks is that the profiles created on them can be used personally or professionally and that a profile on a social network can be used interchangeably or evolve from one use to another. Specifically, in the case of Facebook, several types of profiles can be created. For example, a “Facebook profile” or a “Facebook page”, among others, can be generated. Maximilian Schrems had both a profile and a page on Facebook. On the one hand, from 2008 to 2011 the “profile” was used solely on a personal basis. From 2011 onwards the same profile was used interchangeably as a personal profile and as a portal to advertise Maximilian Schrems’ professional activities. On the other hand, Maximilian Schrems’ “page” was always used for professional purposes⁴⁶.

41. In *Schrems*, the CJEU stated that “indeed, an interpretation of the notion of ‘consumer’ which excluded such activities would have the effect of preventing an effective defence of the rights that consumers enjoy in relation to their contractual partners who are traders or professionals, including those rights which relate to the protection of their personal data. Such an interpretation would disregard the objective set out in Article 169(1) TFEU of promoting the right of consumers to organise themselves in order to safeguard their interests”⁴⁷.

42. Directive 2020/1828 adopts a consumerist position by establishing a system of collective protection only for consumers. This Directive regulates a system of minimums, so some Member States could regulate a representative action mechanism offering protection that extends to non-consumers. This consumerist position of Directive 2020/1828 contrasts with the non-consumerist position of the GDPR, which protects any natural person, consumer or not, when there has been improper processing of their personal data by a third party. Thus, a professional natural person acting within their business activity will be protected by the provisions of the GDPR.

43. On the one hand, in a Member State that regulates representative actions that only protect consumers, non-consumers will not be able to benefit from such a tool in the sense that they cannot be represented by a qualified entity or participate in the representative action process. In a Member State where a broader regulation is adopted, non-consumers could participate or benefit from such a representative action.

⁴⁵ See CJEU, 30 January 2005, *Gruber*, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, para. 54.

⁴⁶ See CJEU, 25 January 2018, *Schrems*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, paras. 10-12.

⁴⁷ See CJEU, 25 January 2018, *Schrems*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, para. 40. CALVO CARAVACA argues that “the ECJ, on this occasion, overlooked the legal consequences of the clever triple division of professional use in «negligible», «relevant» and «pre-dominant» it had previously coined in Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Gruber*, and changed its mind like a teenager in spring. In fact, according to the ECJ, an individual who contracts a service with a professional or economic operator –in this case, the social network Facebook– solely for private and personal purposes, is a «consumer»; if he subsequently uses such service for professional activities, even to the extent that they become «predominant» and «essential», does not lose his «consumer» status. In other words, now the ECJ indicates that a «relevant» or even «predominant» professional use of the good or service does not prevent qualifying the contract as a “consumer contract” because the subject was a «consumer» when he contracted the service and continues being one even if only marginally or at a negligible level. The ECJ believes that this interpretation should prevail because it is the only one that allows an «effective defence of the rights that consumers enjoy in relation to their contractual partners who are traders or professionals». Earlier, under the *Gruber* doctrine, a «relevant» or «pre-dominant» professional use of the good or service prevented qualifying the contract as a «consumer contract». With the Facebook doctrine, a contract cannot be described as a “consumer contract” only in case the professional use of the good or service is thorough and complete. If an individual hires the service as a consumer and remains a consumer –even if only in a slight or marginal way–, the ECJ understands that he is a «consumer» and that art. 17 BR I-bis applies: he can sue in the Member State of his domicile”. See A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, no 1, 2020, p. 95

44. On the other hand, if the representative action claims improper processing of personal data, articles 79 and 80 GDPR and subsequent national legislation could be invoked. Any affected person, whether or not considered a consumer, could participate in or benefit from the representative action.

45. In *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, the Advocate General, rightly warned of the risk of creating two “different standards”⁴⁸. In this case, the CJEU gives a systematic interpretation of the GDPR and Directive 2020/1828: “that interpretation of Article 80(2) of the GDPR is moreover supported by Directive 2020/1828 which repeals and replaces, as from 25 June 2023, Directive 2009/22. In that context, it must be observed that, in accordance with Article 2(1) thereof, Directive 2020/1828 applies to representative actions brought in relation to traders’ infringements of the provisions of EU law referred to in Annex I of that directive, which mentions the GDPR in point 56”⁴⁹. The CJEU adds: “it is true that Directive 2020/1828 is not applicable in the context of the dispute in the main proceedings and its transposition deadline has not yet expired. However, it contains several elements which confirm that Article 80 of the GDPR does not preclude the bringing of additional representative actions in the field of consumer protection”⁵⁰.

46. The CJEU also gives a broad interpretation of the concept of “public interest” of the entity with standing to bring injunctive representative actions under article 80 GDPR, and in light of Directive 2020/1828, understanding that national legislation granting standing to a consumer association or federation of associations to bring injunctive representative actions for the benefit of consumers whose rights relating to personal data have been infringed does not preclude the aforementioned article of the GDPR⁵¹. In short, it is understood that a consumer association may have sufficient “public interest” for the exercise of an injunctive representative action in defense of consumers whose data rights have been violated. It should also be noted that in *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, a consumer association is not deemed to have standing to bring any injunctive representative action for the protection of personal data, but rather to have standing to bring actions for the benefit of consumers who, in their capacity as such, are harmed by a data mishandling.

47. As we can see, we are still faced with the fact that, in the European Union, there may be two systems of representation action in consumer matters and in data protection matters, something that complicates and hinders the development of this mechanism as an adequate instrument of access to justice. An optimal solution would be for Directive 2020/1828 not to require consumer status in order to benefit from a representative action. Instead, it would have been more appropriate to regulate a certification phase at the beginning of the proceedings in which the judge would determine the viability of the representative action following, among others, a commonality criterion, as regulated in the American procedural system.

48. In the United States, Rule 23(b)2 of the Federal Rules of Civil Procedure provides for a certification phase in the early stages of the class action. In this phase, the judge verifies certain aspects of the matter to be dealt with, such as its mootness, notice to the class members, predominance of common

⁴⁸ See Opinion of the Advocate General J. RICHARD DE LA TOUR, 2 December 2021, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, C-319/20, ECLI:EU:C:2021:979, para. 66.

⁴⁹ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322, para. 80.

⁵⁰ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322, para. 81.

⁵¹ Article 80.1 GDPR states: “the data subject shall have the right to mandate a not-for-profit body, organisation or association which has been properly constituted in accordance with the law of a Member State, has statutory objectives which are in the public interest, and is active in the field of the protection of data subjects’ rights and freedoms with regard to the protection of their personal data to lodge the complaint on his or her behalf, to exercise the rights referred to in Articles 77, 78 and 79 on his or her behalf, and to exercise the right to receive compensation referred to in Article 82 on his or her behalf where provided for by Member State law”. The CJEU states: “It must be held that a consumer protection association, such as the Federal Union, may fall within the scope of that concept in that it pursues a public interest objective consisting in safeguarding the rights and freedoms of data subjects in their capacity as consumers, since the attainment of such an objective is likely to be related to the protection of the personal data of those persons”. See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, para. 65.

issues over individual issues, and the standing of the plaintiff. However, prior to this phase, and referring to the prerequisites for class action certification, the judge must verify the adequacy of representation of the class. Rule 23(a)2 also requires that there must be “questions of law or fact common to the class”. This is the requirement that doctrinally has been called commonality, which is nothing more than the search for certain homogeneity in the cases underlying the class action⁵².

49. With this certification phase in the EU representative action in the framework of a unique proceeding for all types of representative actions, we would avoid a consumerist position that would create two standards of representative actions and, in addition, this type of representative action could also be used in the field of antitrust law, avoiding the repetition of quasi-identical lawsuits with injured parties who, on many occasions, do not have the status of consumer, as has been happening in many Member States in relation to the truck cartel case⁵³. Although Directive 2020/1828 does not refer to a certification phase, we could interpret that nothing prevents Member States from including it in their regulations on representative actions⁵⁴.

50. Together with this certification phase, it would have been desirable, in order to avoid the occurrence of these two “different standards”, to regulate in Directive 2020/8128 more flexible criteria for standing to sue. By establishing controls for the proper functioning of representative actions, it would not have been problematic to regulate the legal standing of *ad hoc* groups and not to grant the monopoly of legal standing to qualified entities.

51. In *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, the representative action is for injunction, but the question arises as to what happens if it is a redress representative action⁵⁵. A systematic interpretation of the GDPR and Directive 2020/1828 may also be made in relation to redress measures. Article 82.1 GDPR provides that any person harmed by a data-related wrongdoing can file a claim for damages or “compensation” (in the wording of the GDPR). The same issue is also recalled in article 80 GDPR, thus providing for an injunctive and redress type of representative action.⁵⁶ For its part, Directive 2020/1828, as already indicated, introduces for the very first-time consumer representative redress actions throughout the whole European Union.

52. We can conclude from this section that it is necessary to interpret the data protection representative actions regulated in the GDPR in conjunction with Directive 2020/1828, both for injunctive and redress actions. However, this systematic interpretation may not be sufficient to avoid the creation

⁵² Note that the rule establishes an alternative requirement. It does not require both factual and legal elements to be present, but one or the other. See A. B. SPENCER, “Class actions, heightened commonality, and declining access to justice,” *Boston University Law Review*, vol. 93, no. 2, 2013, pp. 442-444

⁵³ On the private enforcement of competition law in the EU following the implementation of the EU Antitrust Damages Directive 2014/104/EU, and with references to the truck cartel, see B.J. RODGER, M. SOUSA FERRO and F. MARCOS, “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26(4), 2019, pp. 480-504. See also F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, no 1, 2017, pp. 125-152.

⁵⁴ Recital 11 of Directive 2020/1828 states: “taking into account their legal traditions, it should leave it to the discretion of the Member States whether to design the procedural mechanism for representative actions required by this Directive as part of an existing or as part of a new procedural mechanism for collective injunctive measures or redress measures, or as a distinct procedural mechanism, provided that at least one national procedural mechanism for representative actions complies with this Directive” and article 7 regulates: “Member States shall ensure that courts or administrative authorities are able to dismiss manifestly unfounded cases at the earliest possible stage of the proceedings in accordance with national law”.

⁵⁵ See CJEU 28 April 2022, *Meta Platforms Ireland Limited v. Brundesverband*, 319/20, ECLI:EU:C:2022:322, para. 36.

⁵⁶ Article 82.1 GDPR states: “any person who has suffered material or non-material damage as a result of an infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered”. Article 80.1 GDPR refers to the exercise “of the rights referred to in Articles 77, 78 and 79 on his or her behalf, and to exercise the right to receive compensation referred to in Article 82 on his or her behalf where provided for by Member State law”.

of two “different standards” of representative actions, especially due to issues relating to standing to sue. It would have been desirable to institute in Directive 2020/1828 a certification phase at the beginning of the proceedings and to allow greater flexibility as regards the bodies entitled to bring representative actions. This approach could, however, still be adopted by national legislators.

V. International jurisdiction in cross-border representative actions

1. Representative actions and heads of jurisdiction in Regulation 1215/2012

53. Article 5 of Directive 2020/1828 requires each Member State to inform the European Commission on which entities have standing to bring what the Directive itself calls “cross-border” representative actions, i.e. representative actions brought by an entity in a Member State other than its Member State of designation. The Directive distinguishes them from purely national representative actions, in which the entity designated by a Member State acts in that Member State only. The inclusion in this list is relevant in the case of cross-border actions because, in accordance with Article 6 of the Directive, the instance of another Member State hearing the representative action can determine that the entity bringing the action has standing to sue.

54. Although Directive 2020/1828 refers to national and cross-border representative actions, these are notions specific to the Directive that in principle do not affect existing Private International Law instruments. Nevertheless, Regulation 1215/2012 does not include a forum for representative actions so we will have to stick to the already existing forums, designed rather for individual litigation⁵⁷.

55. In the *Schrems* case, Maximilian Schrems succeeded in getting other Facebook users, domiciled in different Member States of the European Union or even outside the European Union, to assign to him their claims against the social network so that he could exercise, together with his own legal action deriving from his claim, the actions of all assignors⁵⁸.

56. In this regard, Maximilian Schrems brought before the Regional Civil Court of Vienna, Austria, the place of his domicile, a “representative action” arising from an assignment of claims against Facebook on the basis of the forum of the consumer’s domicile provided for in Section 4 of Regulation 44/2001. This section states that a claim filed by a consumer against another contracting party may be brought either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled.

57. The Austrian court referred a question to the CJEU for a preliminary ruling asking whether Maximilian Schrems should be considered a consumer given that, although he initially used the social network for private purposes, he later used it to sell his books and promote his activism. The Austrian

⁵⁷ In this section of the paper we will refer only to consumer representative actions. Although in the previous section we have defended a non-consumerist position of the representative action, the most widespread type of representative action and the one referred to in Directive 2020/1828 is the representative action in defense of consumers.

⁵⁸ See CJEU 25 January 2018, *Schrems*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, paras. 2 and 16. Advocate General BOBEK stated that under Austrian national law he did not consider that we were before a “class action”, i.e. representative action. See Opinion of the Advocate General MICHAL BOBEK, 14 November 2017, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, C-498/16, ECLI:EU:C:2017:863, para 69. What happened in the *Schrems* case could be assimilated to what we know in Spanish law as assignment of receivables for collection purposes (in Spanish, *cesión de créditos con fines de cobro*). PANTALEÓN PRIETO explains that when what is intended is to assign the receivable with the economic function of collection as the cause of the assignment contract, we are dealing with an assignment of receivables with a collection function. This author specifies that if the economic function that the parties wish to achieve with the assignment is the collection of the receivable in question, the ownership of the receivable will not be transferred from the assignor to the assignee. The assignor shall remain for all purposes the sole and true creditor. The assignment will not produce any other legal consequence than that of giving power to the assignee to enforce the receivable, i.e. to demand from the debtor the performance in the assignor’s name. See F. PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, *Anuario de derecho civil*, vol. 41, no 4, 1988, p. 1039.

court also asked whether Maximilian Schrems can use the consumer protection forum (Section 4 Regulation 44/2001) to bring his action and those of the other assignors against Facebook.

58. The CJEU concluded that Maximilian Schrems should continue to be considered a consumer⁵⁹; but ruled that Section 4 of Regulation 44/2001 does not apply to an action brought by a consumer seeking to enforce before the court of the place where he or she is domiciled not only his or her own rights, but also rights assigned by other consumers domiciled in the same Member State, in other Member States or even in third States.

59. In other similar, but not identical, cases, the CJEU has also rejected the application of the consumer protection forum: in the *Henkel* case it was a consumer association that brought the action in the interest of the consumers⁶⁰; and in the *Shearson Lehmann Hutton* case, similar to the *Schrems* case, a legal person was the assignee of rights of a group of consumers⁶¹.

60. In all these cases, in essence, the CJEU interprets that the consumer protection forum in Regulation 44/2001 and its successor, the current Regulation 1215/2012, is intended for strictly individual litigation and that it does not apply to consumer representative actions for several reasons⁶²: because a consumer association is a legal person and legal persons cannot make use of the forum for consumer protection⁶³; because the entity representing consumers is not a party to the original consumer contract from which the dispute arises, taking into account the procedural situation and not the material situation on which the claim is based⁶⁴; and because Section 4 of Regulation 44/2001 is an exception to the general rule of Art. 4

⁵⁹ See section IV of this paper.

⁶⁰ See CJEU, 1 October 2002, *Henkel*, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555.

⁶¹ See CJEU, 19 January 1993, *Shearson Lehmann Hutton*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15. JIMÉNEZ BLANCO argues that the *Shearson Lehman Hutton* case and the *Henkel* case are based on different factual assumptions and that, therefore, the CJEU has incorrectly transposed the *Shearson Lehman Hutton* doctrine into the *Henkel* case. In *Shearson Lehman Hutton*, a legal person brings an action by virtue of an assignment of claims in its favor by a group of consumers. It therefore acts in its own interest as the new owner of the claims it has acquired by assignment. In *Henkel*, however, there is no assignment of claims, but the consumer association, by virtue of its legal standing, acts in the interest of a group of consumers and not in its own interest. In the *Henkel* case, the consumer association brings the action in the interests of consumers. See P. JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas”, *Diario la Ley, Sección Unión Europea*, 2003, pp. 2-3.

⁶² PAREDES PÉREZ points out that the case law of the CJEU has stated that Section 4 of Regulation 215/2012 has an “*intuitu personae*” nature and that, consequently, group and representative actions are excluded from its sphere of application. J.I. PAREDES PÉREZ, “La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Judgment of the Court of Justice of 3 October 2019, Case C-208/18: Petruchová”, *La Ley Unión Europea*, no. 73, 2019, p. 5.

⁶³ In *Henkel*, the CJEU stated that “a legal person which acts as assignee of the rights of a private final consumer, without itself being party to a contract between a professional and a private individual, cannot be regarded as a consumer within the meaning of the Brussels Convention and therefore cannot invoke Articles 13 to 15 of that convention. That interpretation must also apply in respect of a consumer protection organisation such as the VKI which has brought an action as an association on behalf of consumers”. See CJEU, 1 October 2002, *Henkel*, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, para. 33. TZAKAS states that the CJEU understands that the consumer association or similar entity bringing the representative actions is not considered to be a consumer. See D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: the Case of Collective Redress”, in J. BASEDOW, S. FRANCO and L. IDOT (eds.), *International antitrust litigation. Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2011, p. 184. However, we can consider that the CJEU uses a dual basis: on the one hand, it seems to require that the consumer is a natural person and not a legal person, and, on the other hand, the consumer shall be a party to the contract from which the dispute arises.

⁶⁴ In *Henkel*, the CJEU stated: “in a situation such as that in the main proceedings, the consumer protection organisation and the trader are in no way linked by any contractual relationship. Admittedly, it is likely that the trader has already entered into contracts with a number of consumers. However, whether the court action is subsequent to a contract already concluded between the trader and a consumer or that action is purely preventive in nature and its sole aim is to prevent the occurrence of future damage, the consumer protection organisation which brought that action is never itself a party to the contract. The legal basis for its action is a right conferred by statute for the purpose of preventing the use of terms which the legislature considers to be unlawful in dealings between a professional and a private final consumer”. See CJEU 1 October 2002, *Henkel*, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, paras. 38 and 39. The CJEU applies a strict interpretation of the principle of the relativity of contracts. See R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no VI, 2006, p. 401.

and, consequently, must be interpreted restrictively, taking into account that with the representative actions there is a rebalancing of power between consumers and their counterparty in the contract⁶⁵.

61. Besides preventing the application of Section 4 of Regulation 1215/2012, the CJEU does not allow the use of the special forum for contractual matters of article 7.1 of Regulation 1215/2012 because, as said, the qualified entity is not a party in the contracts that generate the dispute⁶⁶. It could

⁶⁵ The CJEU ruled that “under the system of the Brussels Convention, the general principle is that the courts of the Contracting State in which the defendant is domiciled are to have jurisdiction and it is only by way of derogation from that principle that the Brussels Convention provides for cases, which are exhaustively listed, in which the defendant may or must, depending on the case, be sued in the courts of another Contracting State. Consequently, the rules of jurisdiction which derogate from that general principle cannot give rise to an interpretation going beyond the cases envisaged by the Convention (...)”. See CJEU, 5 February 2004, *Frahuil*, C-265/02, ECLI:EU:C:2004:77, para. 23. See also CJEU, 3 July 1997, *Benicasa*, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337, para. 13. Also in CJEU, 19 January 1993, *Shearson Lehman Hutton*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15, para. 16, it is specified that “the rules of jurisdiction which derogate from that general principle cannot give rise to an interpretation going beyond the cases envisaged by the Convention”. In CJEU, 17 June 1992, *Jakob Handte*, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, para. 14, it was stated that “the rules on special and exclusive jurisdiction and those relating to prorogation of jurisdiction thus derogate from the general principle, set out in the first paragraph of Article 2 of the Convention, that the courts of the Contracting State in which the defendant is domiciled are to have jurisdiction. That jurisdictional rule is a general principle because it makes it easier, in principle, for a defendant to defend himself. Consequently, the jurisdictional rules which derogate from that general principle must not lead to an interpretation going beyond the situations envisaged by the Convention”. DANOV opts for a broader interpretation, but acknowledges, in line with the case law of the CJEU, that the special forum of Section 4 of Regulation 1215/2012 is therefore not to be applied expansively to legal situations that are not a contract concluded with a consumer. M. DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-border collective redress proceedings and judgments”, *Journal of Private International Law*, 2010, p. 373. AUDIT explains that the protection forums formulate special rules for certain matters, in which a party is considered weaker and therefore requires protection against the risk of having to litigate in a distant forum. AUDIT reasons that the purpose of protection of a party in a state of economic inferiority requires the limitation of the scope of application of the protective provisions. See B. AUDIT (with the concurrence of L. D’AVOUT), *Droit International Privé*, Paris, Economica, 2010 p. 477. KESSEDIAN states that the equality of arms between the plaintiffs, as understood by the European Court of Human Rights under article 6.1 of the European Convention on Human Rights, is based on the simple fact that the consumer regroups with others to attempt the action. A protective jurisdiction, in her opinion, is no longer justified. See C. KESSEDIAN, “L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres organisations représentatives d’intérêts collectifs en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 2, 1997, p. 289.

⁶⁶ In our opinion, the Brussels System may admit an alternative interpretation that allows the use of the consumer protection forum of section 4 of Regulation 1215/2012 regarding consumer representative actions: if the action represents consumers, (i) it should not be taken into account that the qualified entity is a legal person. Even if it is legal person, it is not comparable to a for-profit company, a case for which this criterion makes sense. (ii) A coincidence of the procedural situation with the material situation should not be required; the fact that the qualified entity is not a party to the contract from which the dispute arises does not mean that it is not bringing the action for the benefit of the interests of persons who actually are party to these contracts. See F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2017, p. 115. (iii) Section 4 should not be interpreted so restrictively as an exception to the general rule of Art. 4 of Regulation 1215/2012 or could even be considered not to be, in fact, an exception to the general rule at all. See J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y reglamento Bruselas I-BIS 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 11, no 1, 2019, pp. 112-138. (iv) There is no rebalancing of power between consumers and defendant by the mere intervention of a qualified entity. It is true that representative actions seek a rebalancing of power, but this only occurs when a judgment is finally issued. There is no point in implementing mechanisms such as this if they are frustrated when it comes to determining jurisdiction and qualified entities are forced to litigate in other countries whose procedural law they are unfamiliar with and taking into account that representative actions are highly complex processes. VIRGÓS SORIANO and GARCIMARTÍN ALFÉREZ stated in 2007 that when the action is brought by a group of consumers itself (not a qualified entity), Section 4 of Regulation 1215/2012 may be applicable. See M. VIRGÓS SORIANO and F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 175-176. In this alternative interpretation, the qualified entity with standing will exercise the representative action before the courts of its own domicile which must coincide with the domicile of the injured consumers because if consumers are domiciled in other States, they could not be represented by this representative action exercised in that first State. On the contrary, there could be a breach of the principle of protection sought by Section 4 of Regulation 1215/2012. GONZÁLEZ BEILFUSS and AÑOVEROS TERRADAS explain that a concentration of international jurisdiction in a single forum would generate discrimination between consumers. The authors recall that it is necessary to differentiate the criterion followed for the establishment of the consumer protection forum from the special forums in contractual matters of art. 7.1 of Regulation 1215/2012. In the special forum of protection the criterion is, precisely, the protection of consumers so it is understood that they will be more protected if they have the possibility of suing before the courts of their domicile. However, the special forum in contractual matters has its *raison d’être* in a criterion of proximity: the court that is deemed to be closest to the contract. See C. GONZÁLEZ BEILFUSS and B. AÑOVEROS TERRADAS, “Compensatory Collective Redress and The Brussels I Regulation (Recast)”, in A. NUYS and N. HATZIMIHAIL, *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Munich, Sellier, 2014, p. 254.

only therefore be contemplated the use of the general forum of article 4 and, in some cases, the special forum for non-contractual matters of art. 7.2 of Regulation 1215/2012⁶⁷.

62. Given this interpretation of the CJEU, in which no jurisprudential change is foreseen, a forum on representative actions should be included in the possible reform of Regulation 1215/2012 in order to make European Private International Law consistent with the European Directive 2020/1828, which aims to ensure that in all Member States consumers have at least an effective and efficient procedural mechanism for representative actions to obtain injunctions and redress. The existence of such a mechanism would enhance consumer confidence and empower citizens to exercise their rights, contribute to fairer competition and create a level playing field for businesses operating in the internal market⁶⁸. This new forum could provide for the exercise of the representative action before the courts of the place of domicile of the qualified entity in those circumstances where such domicile coincides with that of the consumers. The general rule of the domicile of the defendant would remain available for the cases where consumers are domiciled in different States. This new forum would only be applicable if within the certification phase or similar stage of the proceedings it is proven that all the represented individuals are consumers.

2. Representative actions and the new heads of jurisdiction contained in the GDPR

63. The GDPR also seems to include jurisdictional forums that could be applicable to data representative actions in addition to those contained in Regulation 1215/2012 analyzed in the previous section. Thus, art. 80.1 GDPR regulates that the entity entitled to represent data subjects may “lodge the complaint on his or her behalf, to exercise the rights referred to in Articles 77, 78 and 79 on his or her behalf, and to exercise the right to receive compensation referred to in Article 82 on his or her behalf where provided for by Member State law”.

64. Article 79.2 GDPR assigns, as a first criterion, the jurisdiction of the courts of the Member State in which the controller or processor of personal data “has an establishment”⁶⁹. In many cases the place where the defendant has an establishment will coincide with the place where it is domiciled for the purposes of application of the general forum of article 4 of Regulation 1215/2012 but this may not always be the case. The fact that Regulation 1215/2012 refers to the “domicile of the defendant” and the GDPR to the “establishment” of the defendant may have different effects on the application of the two instruments, as the concepts mentioned are different legal categories⁷⁰.

⁶⁷ See CJEU, 9 July 2020, *VKI v. Volkswagen*, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, para. 30. Article 7.2 could be applicable regarding preventive representative actions, where no harm to any individual is known to have occurred yet. MANKOWSKI reasons that the introduction in Regulation 1215/2012 of the harmful event that may occur is related to future damages and is specially designed for preventive actions. See P. MANKOWSKI, “Article 5”, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.): *Brussels I regulation. European Commentaries on Private International Law*, Munich, Sellier, 2012, p. 271. However, the application of the forum of article 7.2 may also present some peculiarities regarding representative actions. TANG states that “since the tortious activity gives rise to all damages, the country where the event giving rise to the damage occurred has connections to all the harm that originates from this country; the place of damage, on the other hand, only has connections to the harm particularly existing in the specific country, and not to the harm existing in any other countries”. See S. TANG, “Consumer collective redress in European Private International Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, no 1, 2011, p. 119.

⁶⁸ Directive 1828/2020, recital 7. On the possible reform of Regulation 1215/2012, see B. HESS, “La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, no. 1, pp. 15-16. For an alternative proposal to include a new forum in the future reform of Regulation 1215/2012, see F. RIELANDER, “Aligning the Brussels regime with the representative actions directive”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71, no 1, 2022, pp. 107-138.

⁶⁹ See. I. REVOLIDIS, “Judicial jurisdiction over internet privacy violations and the GDPR: a case of «privacy tourism»”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, no 1, 2017, p. 22.

⁷⁰ RODRIGUEZ PINEAU and PATO argue that “the Directive on Representative Actions and the General Regulation on Data Protection (Art. 80) (...) partially overlap” (...) and “their application might generate conflicting legal responses. Moreover, identifying the private international law rules on jurisdiction applicable to those actions is a tricky exercise (...)”. See E. RODRÍ-

65. On the one hand, article 63 of the Regulation 1215/2012 states that a legal person is domiciled in a Member State when its statutory seat, central administration or principal place of business is located there⁷¹.

66. On the other hand, recital 22 of the GDPR states that “establishment implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements. The legal form of such arrangements, whether through a branch or a subsidiary with a legal personality, is not the determining factor in that respect”. Furthermore, article 3.1 GDPR regulates that this instrument shall apply regardless of whether the data processing takes place in the Union or not. Thus, the concept of “establishment”, broadly defined in the GDPR, could also be interpreted in a broad and flexible manner in the sense that the courts of a Member State may hold international jurisdiction provided that the defendant has an establishment in that Member State, and even if this establishment has not been the one that directly or indirectly stored or processed the data that have been allegedly mishandled.

67. It could be argued that a stricter interpretation of the concept of “establishment” should be made and that jurisdiction should not be conferred to the courts of a Member State when the establishment is located in its territory and has not stored or processed the data. In other words, when the establishment is completely unrelated to the wrongful act giving rise to the dispute. This is based on the fact that the defendant could not foresee where the lawsuit could potentially be filed and on the possibility of forum shopping scenarios taking place. Nevertheless, the CJEU has stated that the concept of establishment should not be interpreted in a strict manner⁷².

68. Thus, with the current regulation, theoretically, a representative action could be brought in any Member State in which the defendant has an establishment, which could generate situations of forum shopping and lack of predictability in the exercise of the action, which could compromise the defendant’s position⁷³. As an alternative criterion, article 79.2 provides that the “data subject” may bring the action before the courts of the Member State in which the data subject has its habitual residence, unless the data controller or processor is a public authority of a Member State acting in the exercise of its public authority functions⁷⁴.

69. Regarding data protection and other possible non-consumerist representative actions, article 4 of Regulation 1215/2012 should apply. It would perhaps be interesting to amend the GDPR and instead of establishing its own forum of jurisdiction, refer directly to the criterion of the domicile of the defendant of article 4 of Regulation 1215/2012, thus avoiding forum shopping situations and providing clarity and predictability to the rules of Private International law.

GUEZ PINEAU and A. PATO, *Le droit international privé à l'épreuve des actions collectives en matière de protection des données*, <https://blogdroiteuropeen.com/2021/04/06/le-droit-international-prive-a-lepreuve-des-actions-collectives-en-matiere-de-protection-des-donnees-par-alexia-pato-et-elena-rodriguez-pineau/> (latest consultation 15 July 2022).

⁷¹ See. A. DUTTA, “Domicile, habitual residence and establishment”, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI and P. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2017, p. 555.

⁷² In CJEU, 1 October 2015, 2022, *Weltimmo*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, para. 31, the CJEU stated: “in addition, in order to attain that objective, it should be considered that the concept of ‘establishment’, within the meaning of Directive 95/46, extends to any real and effective activity — even a minimal one — exercised through stable arrangements”. Note that Directive 95/46/EC was the data protection legal framework applicable prior to the GDPR.

⁷³ PATO states that “even assuming that representative entities could rely on the favourable special fora contained in Article 79(2) GDPR, not all problems regarding private international law and international civil procedure would be solved. In particular, the lack of an additional connecting factor in the first prong of Article 79(2) GDPR, allocating jurisdiction to the courts where the controller/processor has an establishment, would lead to unreasonable forum shopping”. See A. PATO, “The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU”, *working paper*, 2018, p. 20.

⁷⁴ PATO argues that “as for the second prong of Article 79(2) GDPR, according to which the courts where the data subject has his/her habitual residence have jurisdiction, it favours centralisation of claims at the national level. However, territorial centralisation will actually depend on the presence of a national provision allowing for such possibility”. See A. PATO, “The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU”, *op.cit.* p. 20.

VI. Final remarks

70. Data protection mechanisms of public and private enforcement are parallel, but they feed and interact with each other. With the introduction of the obligation to inform the injured individual of the data protection offence on the part of the controller or processor responsible, any data offence becomes known, at least to the injured individuals who, in turn, may bring it to the attention of entities with legal standing, so that they may exercise the corresponding representative actions—where regulated—, without prejudice to their individual action which remains intact. In this scenario, the instance hearing the representative action may request from the data authority the sanctioning file and all the documents contained therein. In this sense, the data wrongdoing could be accredited in the jurisdictional venue by what was resolved in the administrative venue.

71. Regarding private enforcement, it is necessary to interpret the data protection representative actions regulated in the GDPR in conjunction with Directive 2020/1828, both for injunctive and redress actions. However, this systematic interpretation may not be sufficient to avoid the creation of two “different standards” of representative actions, especially due to issues relating to standing to sue. It would have been desirable to institute in Directive 2020/1828 a certification phase at the beginning of the proceedings and to allow greater flexibility as regards the bodies entitled to bring representative actions. This approach could, however, still be adopted by national legislators.

72. As for international jurisdiction, a forum on representative actions should be included in the possible reform of Regulation 1215/2012 in order to make European private international law consistent with the European Directive 2020/1828 which aims to ensure that in all Member States consumers have at least an effective and efficient procedural mechanism for representative actions to obtain injunctions and redress. The existence of such a mechanism would enhance consumer confidence and empower consumers to exercise their rights, contribute to fairer competition and create a level playing field for businesses operating in the internal market. This new forum could provide for the exercise of the representative action before the courts of the place of domicile of the qualified entity in those circumstances where such domicile coincides with that of the consumers. The general rule of the domicile of the defendant would remain available for the cases where consumers are domiciled in different States. This new forum would only be applicable if within the certification phase or similar stage of the proceedings it is proven that all the represented individuals are consumers.

73. With respect to data protection and other possible non-consumerist representative actions, article 4 of Regulation 1215/2012 should apply. It would perhaps be interesting to amend the GDPR and instead of establishing its own forum of jurisdiction, refer directly to the criterion of the domicile of the defendant of article 4 of Regulation 1215/2012, thus avoiding forum shopping situations and providing clarity and predictability to the rules of Private International law.

El proceso monitorio europeo: ¿Un proceso ágil y económico para la reclamación de créditos no impugnados transfronterizos?

The European order for payment procedure: Is it an agile and economical process for claiming uncontested cross-border credits?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular interina de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 20.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7176

Resumen: El objetivo de este trabajo es el estudio del proceso monitorio europeo. El proceso monitorio europeo fue el primer proceso uniforme creado por el legislador europeo. El objetivo del Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se instaura este proceso era agilizar la reclamación, y por lo tanto, el cobro de créditos transfronterizos en principio incontestados por el deudor. Es decir, créditos que el deudor no discute pero tampoco paga. En estos casi catorce años desde que se aplica el proceso monitorio europeo se puede destacar que ha sido un proceso que ha permitido que acreedores europeos cobren millones de euros en deudas. Sin embargo, todavía queda camino por recorrer para que el verdadero potencial que presenta este proceso llegue a conseguirse debido a que la implicación de los Estados miembros en el desarrollo de este proceso ha sido dispar. De este modo, a lo largo del trabajo analizaremos los orígenes del proceso monitorio europeo, cada una de sus fases, la jurisprudencia del TJUE, la cual ha sido una vía importante para aclarar determinados aspectos y afianzar la aplicación uniforme por parte de los operadores jurídicos de los Estados miembros.

Palabras clave: Deuda transfronteriza, deudor, crédito no impugnado, acreedor, proceso monitorio europeo.

Abstract: The aim of this paper is the study of the European payment order process. The European order for payment procedure was the first uniform procedure created by the European legislator. The objective of Regulation (EC) No. 1896/2006, which establishes this process, was to speed up the claim, and therefore, the collection of cross-border credits in principle uncontested by the debtor. That is, credits that the debtor does not discuss but does not pay either. In these almost fourteen years since the European order for payment procedure was applied, it can be noted that it has been a process that has allowed European creditors to collect millions of euros in debts. However, there is still a long way to go before the true potential of this process is achieved, since the involvement of the Member States in the development of this process has been uneven. In this way, throughout the paper we will analyze the origins of the European order for payment process, each of its phases, as the resolutions of the CJEU has been an important way to clarify aspects in which the legislator had left unfinished and we will highlight aspects that should still be modified in subsequent revisions of the Regulation.

Keywords: Cross-border debt, debtor, uncontested credit, creditor, European order for payment procedure.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Orígenes del proceso monitorio europeo. III. Razón de ser del Reglamento sobre proceso monitorio europeo. IV. Características del proceso monitorio europeo. 1. Introducción. 2. El proceso monitorio europeo es opcional y alternativo. 3. El Reglamento como instrumento elegido para el desarrollo del PME. 4. El recurso al Derecho del foro. 5. La estructura del Reglamento sobre PME. 6. La tramitación telemática del PME. V. Los créditos que se pueden reclamar mediante el PME. 1. Ámbito de aplicación temporal. 2. Ámbito de aplicación espacial. 3. Ámbito de aplicación material. Ámbito de aplicación personal. VI. La relación del RPME con otros instrumentos europeos. 1. Introducción. 2. El PME y el Reglamento Bruselas I bis. 3. El RPME y el Reglamento sobre notificaciones. VII. El tribunal competente en el proceso monitorio europeo. 1. Introducción. 2. La determinación del tribunal internacionalmente competente para dictar un requerimiento europeo de pago. 3. La problemática cuestión de dictar un REP sin competencia judicial internacional. 4. La competencia objetiva y la competencia territorial en el proceso monitorio europeo. VIII. La solicitud de un requerimiento europeo de pago. 1. Aproximación inicial. 2. Idiomas del procedimiento. 3. Contenido de la solicitud. 4. Plazos. IX. El estudio de la petición del REP por parte de la autoridad competente. 1. Introducción. 2. El análisis de los presupuestos procesales. 3. El análisis de los presupuestos formales. 3 El análisis de los presupuestos sustantivos. 5. Los diferentes escenarios que plantea la solicitud de un PME. X. La notificación al deudor y el respeto a sus derechos de defensa. 1. Introducción. 2. La razón de ser de la notificación. 3. Las vías para notificar un requerimiento europeo de pago previstas en el PME. 4. La posición del TJUE sobre la notificación en el PME. XI. La posición del demandado ante un REP. XII. La posición del consumidor en el PME. XIII. La revisión del requerimiento europeo de pago. 1. Introducción. 2. Cuestiones procesales olvidadas por el legislador. 3. Los motivos en los que se puede basar la revisión. 4. Los efectos de la revisión. 5. La articulación de la revisión del REP en el Derecho procesal español. 6. Valoración final sobre la revisión del REP ejecutivo. XIV. La ejecución del requerimiento europeo de pago. 1. Aproximación inicial. 2. Aspectos formales que el acreedor debe tener presente. 3. La oposición a la ejecución del REP ejecutivo. 4. La suspensión de la ejecución. 5. La ejecución del REP en el ordenamiento jurídico español. XV. Conclusiones.

I. Aproximación inicial

1. La morosidad es un problema que ha preocupado a las instituciones europeas desde siempre¹. La razón es que las deudas impagadas tienen un efecto muy negativo en el mercado interior afectando plenamente a la supervivencia de las empresas² e impactando directamente en el mercado de trabajo de un país.

La reclamación de una deuda es siempre un motivo más de preocupación en la vida del empresario. El gasto de dinero y tiempo que implica en muchas ocasiones un proceso no compensa al acreedor reclamar. Esto sobre todo sucede cuando la cuantía de la deuda es pequeña y existe un elemento extranjero que hace que el acreedor deba plantearse acudir a tribunales extranjeros. La incertidumbre del tribunal que podría conocer del litigio, el idioma extranjero, no conocer a representación letrada en ese Estado en el que se pretende reclamar³, el desconocimiento sobre las gastos que implica o los efectos que podría tener una posible sentencia extranjera son las primeras cuestiones que se plantea un acreedor que quiere reclamar un crédito transfronterizo. Por lo tanto, no se puede negar que el hecho de que un asunto sea transfronterizo hace que exista más dificultad en la tutela de los derechos⁴.

¹ Vid. C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, *La cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de deudas*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 19.

² J.M. KORMAN, *Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und Österreich*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, p. 23.

³ S. LEIBL/R.FREITAG, *Forderungsbetreibung in der EU*, Múnich, pp. 1-4.

⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 17.

2. El proceso monitorio europeo (en adelante, PME) es fruto de la europeización del Derecho internacional privado (art. 81 TFUE)⁵. Este proceso uniforme es reflejo de la creación de un Espacio Judicial Europeo. Este Espacio persigue poner fin a esas incertidumbres de los acreedores cuando tienen que reclamar una deuda con elemento extranjero. En definitiva, su fin es que las empresas y particulares puedan acudir a los tribunales de otros Estados miembros como si se trataran de los tribunales de su mismo Estado. Este objetivo a día de hoy no se ha conseguido por completo pero se trabaja en ello desde diferentes ángulos y perspectivas, ya que una integración completa requiere de medidas de muy diverso calado. Lo positivo es que se sabe el camino a seguir. En otras palabras, los dirigentes europeos han sido conscientes desde los orígenes de la UE que para conseguir una integración económica, era necesario una integración judicial tanto civil como penal⁶. Un aspecto clave en esa integración ha sido el principio de mutuo reconocimiento⁷. Un principio que persigue básicamente que la situación jurídica creada en un Estado pueda ser reconocida en otro. Para ello, la confianza entre Estados miembros es esencial. Pero es necesario algo más que confianza mutua, también unas normas comunes que permitan que los operadores jurídicos puedan de forma real conseguir lo que se predica teóricamente: un acceso a la justicia sin trabas en cualquier Estado miembro con independencia del lugar donde se resida y de la nacionalidad que se ostente.

3. Una de esas normas comunes necesarias sería la que es objeto de este trabajo, el *Reglamento (CE) n° 1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece el proceso monitorio europeo* (en adelante, RPME)⁸. Este Reglamento realiza una aportación importante en la consecución de ese Espacio Judicial Europeo, ya que su objetivo es facilitar el cobro de las deudas con elemento extranjero. Éste es un aspecto muy concreto de esa europeización del Derecho internacional privado, pero muy necesario para conseguir un acceso libre y sin trabas a la justicia para reclamar derechos, en el caso del RPME, de crédito.

Ejemplo práctico: La empresa *Meta Data* es una empresa con sede estatutaria en Marbella. Aunque tiene clientes y desarrolla su actividad por toda Europa. Su negocio consiste en que las empresas puedan tener un espacio en el *metaverso*. Para ello, *Meta Data* crea avatares de los empleados, espacios virtuales recreando los espacios físicos, etc. Esta empresa española ha prestado servicios durante varios meses a una empresa lituana con sede en Minsk. Sin embargo, a pesar de la estrecha relación de los últimos meses, la empresa lituana no ha pagado los 6.500 euros correspondientes a la cuota mensual fijada en el contrato. La empresa lituana reconoce la deuda pero no la paga. La empresa española si quiere cobrar tiene que plantearse la posibilidad de acudir a tribunales lituanos. Ordenamiento jurídico que desconoce por completo y cuya lengua no entiende. La empresa española se plantea desistir en la idea de reclamar su crédito. **Solución:** *Meta Data* debería tener en cuenta el PME, ya que es una buena opción para reclamar una deuda transfronteriza mediante un proceso uniforme europeo. El PME puede presentarse de forma telemática siempre que el Estado donde se interpone la petición de requerimiento europeo de pago lo permita. Además, no es necesario contar con postulación procesal. El requerimiento europeo que dictara un tribunal lituano o un tribunal español podría circular libremente entre Estados parte del Reglamento sin necesidad de superar un procedimiento de reconocimiento ni *exequatur*.

A pesar de la aportación que ha implicado el PME en la reclamación de deudas transfronterizas, este proceso no ha sido un instrumento muy utilizado por los ciudadanos frente a los tribunales nacionales hasta fechas relativamente recientes. Una de las pruebas de ello es que no existen demasiadas resoluciones del TJUE sobre este Reglamento⁹. Sin embargo, un cambio de tendencia se puede apreciar,

⁵ Para un mayor detalle *vid.* A.-L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, tomo i, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (versión física), pp. 220-235.

⁶ Así se refleja en palabras de la Comisión Europea en el *Informe Jenard sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, p. 1 (DO N° C 189/125, de 28 de julio de 1990).

⁷ *Vid* al respecto, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Repercusiones del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en los sistemas autónomos excesos y carencias", *AEDJpr*, n° 6, 2006, pp. 481-502, en particular p. 485.

⁸ DOUE núm. 399, de 30 de diciembre de 2006.

⁹ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794; STJUE 13 de junio 2013, C-144/12, *Goldbet*

especialmente en países como España. La utilización del PME ante los jueces españoles se ha incrementado en un 798% en el año 2018¹⁰ y en un 395% en el año 2019¹¹. Este aumento frenó en el año 2020, disminuyendo su uso en un 25,8%¹², en gran parte debido a la crisis sanitaria mundial derivada de la Covid-19. Aún así, tanto en el año 2019 como en el año 2020, los procesos monitorios han supuesto el 51% del total de procesos contenciosos ingresados en los juzgados de primera instancia e instrucción españoles¹³. Pero España no es un caso aislado, en otros países europeos también ha aumentado el uso del PME de forma considerable en estos últimos diez años.

En definitiva, se podría afirmar que el PME es una pieza del puzle de la integración judicial europea. Pero no es una pieza cualquiera. Es una pieza que puede ser muy valiosa, pero para ello, será importante entender bien por los operadores jurídicos la esencia de la norma para que su aplicación en la práctica no quede desvirtuada y esté alineada con los objetivos que persigue.

II. Orígenes del proceso monitorio europeo

4. El establecimiento de un proceso monitorio europeo no fue una cuestión decidida a la ligera. Tampoco su germen inicial es el Libro Verde sobre el PME y el Proceso europeo de escasa cuantía¹⁴. Para conocer el origen del PME es necesario hacer un recorrido por los diferentes hitos o pasos que han tenido lugar en los más de veinte años desde que se pone de manifiesto la necesidad de simplificar procedimientos judiciales hasta que entra en vigor el RPME¹⁵.

5. Un primer paso, aunque muy sutil, fue el del año 1981. Así, podemos destacar la *Recomendación del Consejo de Europa donde se proponían medidas a adoptar para facilitar el acceso a la justicia*¹⁶. En esta recomendación se destacaba la necesidad de simplificar los procedimientos judiciales y los documentos que se deben presentar para acceder a los mismos con el fin de facilitar el acceso a la justicia al ciudadano, poniendo especial énfasis en la protección del más débil.

6. Sin embargo, pasarían casi quince años para que esa semilla inicial continuara. En el año 1993, el <<Proyecto Storme>>, denominado así por el apellido del profesor que lideraba el proyecto

Sportwetten, ECLI:EU:C:2013:393; STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144; ATJUE 21 marzo 2013, C-324/12, *Novontech-Zala kft*, ECLI:EU:C:2013:205; STJUE 10 de marzo 2016, C-94/14, *Flight Refund*, ECLI:EU:C:2016:148; STJUE 22 de octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715; STJUE 6 septiembre 2018, C-21/17, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:675; STJUE 19 diciembre 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, STJUE 15 septiembre 2022, C-18/21, ECLI:EU:C:2022:682.

¹⁰ Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2018, p. 15, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Panoramica-de-la-Justicia/> (última consulta el 17 de mayo de 2022).

¹¹ Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2019, p. 15, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Panoramica-de-la-Justicia/> (última consulta el 17 de mayo de 2022).

¹² Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2020, p. 369, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/> (última consulta el 18 de mayo de 2022).

¹³ Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2020, p. 369, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/> (última consulta el 18 de mayo de 2022).

¹⁴ Libro Verde sobre el Proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar litigios de escasa cuantía, Bruselas, 20 de diciembre de 2002, COM (2002) 476 final. En adelante, Libro verde sobre el PME y el PEEC.

¹⁵ Sobre este particular en la doctrina española *vid. ad ex.*, J.P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 14-19; L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso Monitorio Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 15-31; M^a. I. GONZÁLEZ CANO, *Proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 18-23; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El Proceso Monitorio Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 19-34; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 21-48.

¹⁶ Recomendación n^o R (81)7 adoptada por el Consejo de Europa, sobre medidas que facilitan el acceso a la justicia, de 15 de mayo de 1981.

MARCEL STORME, proponía a la Comisión Europea una Directiva para armonizar determinados elementos del proceso civil¹⁷. Este proyecto implicó un cambio de paradigma debido a que ponía de manifiesto algo que en la actualidad nos puede parecer obvio, pero que no lo era en absoluto a mediados de los años 90. Esto era que las normas procesales no podían quedar fuera de la armonización comunitaria si se perseguía un verdadero mercado interior¹⁸.

7. En el año 1998 se puede destacar la *propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales*¹⁹. En la misma se pone de manifiesto las dificultades con las que se encuentran los acreedores para reclamar las deudas en la UE debido a la disparidad normativa entre Estados miembros. Las consecuencias del impago son múltiples, perjudica gravemente al acreedor que la sufren pero también a la economía y al mercado interior²⁰.

8. Poco después, con la entrada en vigor en 1999 del *Tratado de Ámsterdam*, se avanzó considerablemente debido a que esa cooperación judicial en asuntos civiles en virtud del art. 65 (actual art. 81 TFUE) ya se pudo regular mediante normas comunitarias como Reglamentos y Directivas, comenzado así el proceso conocido como *comunitarización*²¹.

9. Otro proyecto a remarcar fue el *Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998 sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*²². Este documento perseguía trazar un plan a cinco años donde se pudiera hacer realidad un espacio de libertad, seguridad y justicia. En definitiva, conseguir un espacio europeo seguro donde el ciudadano europeo pudiera con libertad moverse de unos Estados a otros y acceder a los tribunales de justicia de los Estados miembros en condiciones de igualdad. Todo ello sólo sería posible si existía cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros. Ya en este plan se pone de manifiesto la necesidad de crear una red judicial civil para mejorar y fomentar las relaciones entre profesionales a nivel europeo.

10. Un impulso importante vendría de las *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere*. Dichas conclusiones se adoptaron en una sesión especial celebrada en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999. En relación a dichas conclusiones se podrían destacar dos aspectos relacionados con los orígenes del PME:

- 1) *El acceso a la justicia en Europa*. Las conclusiones señalan la necesidad de que se unifique la normativa procesal en asuntos transfronterizos. Especialmente se puso el énfasis en

¹⁷ Libro verde sobre el PME y el PEEC, p. 13.

¹⁸ Este Proyecto se publicó en el libro M. STORME, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union Europeenne: Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhof, 1994.

¹⁹ DO C 168, de 3 de junio de 1998.

²⁰ *Vid.* al respecto, P. BLANCO MORALES LIMONES/A.LUISA BALMORI PADESCA/D.HURTADO MORENO, “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea”, en M. SABIDO RODRÍGUEZ (Coord.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societarios y laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 95-140.

²¹ Para un mayor detalle, sin carácter exhaustivo, *vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, Vol. 2, nº 1, pp. 308-338, en particular, p. 313; J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Law under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market L. Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 687-708; K. BOELE-WOELKI/R.H. VAN OOIK, “The Communitarization of Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36; A. BORRÁS, “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado presente y futuro”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, pp. 285-318; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de seguros*, 140, 2009, pp. 595-616, en particular, pp. 604-605; S. LEIBL/A. STAUDINGER, “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89-115, en particular, p. 114; F. POCAR, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una ‘European Conflict of Laws Revolution’”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 873-884.

²² DO C 19 de 23 de enero de 1999.

supuestos que pudieran afectar a consumidores, pero también en otros relacionados con la reclamación de deudas, destacando ya procesos de reclamación de créditos no impugnados y de escasa cuantía²³.

- 2) *El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales*. Para ello se propone seguir eliminando procedimientos intermedios que dificultan la libre circulación de resoluciones judiciales en materias relativas a deudas incontestadas²⁴.

En estas conclusiones se puede observar como hay cierta confusión entre los objetivos que se persiguen. Esto obedece a una situación que venía teniendo lugar y es que se existía un error conceptual, ya que se consideraba que el Título ejecutivo europeo y el proceso monitorio europeo eran lo mismo, cuando los objetivos que persiguen uno y otro son diferentes²⁵.

11. La propuesta de Directiva sobre morosidad señalada anteriormente se convirtió finalmente en Directiva en el año 2000²⁶. El propio texto ponía de manifiesto la necesidad de contar con mecanismos ágiles y eficaces que permitieran facilitar el cobro de las deudas transfronterizas para paliar la morosidad²⁷. Sin embargo, la Directiva no obliga a ello armonizando principalmente normas sustantivas. Esta Directiva fue modificada por otra posterior del año 2011, *Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición)*²⁸.

12. El siguiente paso para llegar a una propuesta sobre PME es el *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil adoptado por el Consejo el 30 de mayo de 2001*²⁹. En este texto todavía se sigue vinculando de forma confusa el TEE con el PME³⁰, siendo un objetivo clave del mismo la supresión del *exequatur* de forma generalizada. Un cambio respecto a esa mezcla confusa de objetivos y de propuestas llega con la *Reunión informal de los Ministros de la UE celebrada en Estocolmo bajo la Presidencia Sueca* los días 8 y 9 de febrero de 2001. A partir de ese momento, el Título Ejecutivo Europeo y el proceso monitorio europeo se separan, tomando impulso el primero, cuyo Reglamento que lo regula entra en vigor el 21 de enero de 2005 como posteriormente estudiaremos³¹.

13. La Comisión Europea presentó el 20 de diciembre de 2002 el *Libro Verde sobre el Proceso Monitorio Europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía* (en adelante, Libro Verde sobre el PME y PEEC)³². Este texto es un punto de partida importante donde se destaca el desequilibrio que causaba a los operadores económicos de los Estados miembros el hecho de no poder acceder a un procedimiento único y uniforme. Un procedimiento igual para todos los Estados miembros, que permitiera la reclamación de deudas incontestadas. El Libro Verde pone de manifiesto las diferen-

²³ Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa, apartado 30, disponible en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (consultado el 28 de enero de 2022).

²⁴ *Ibidem*, apartado 34.

²⁵ Sobre el error de concepto y su origen *vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 40-41.

²⁶ *Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad*, DOCE núm. 200, de 8 de agosto de 2000. Sobre esta Directiva en la doctrina española *vid. ad ex.* M.V. CUARTERO RUBIO, “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *La Ley*, nº 6581, de 31 de octubre 2006.

²⁷ Considerando 20 Directiva

²⁸ DOUE L 48/11, de 23 de febrero de 2011.

²⁹ DO núm. 012, de 15 de enero de 2001. *Vid.*, sobre este particular, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 662-669.

³⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 43.

³¹ *El Reglamento (CE) nº 805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, DO núm. 143, de 30 de abril de 2004.

³² Bruselas 20 de diciembre de 2002, COM (2002) 746 final. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/57e40e93-d701-4a25-b741-fbf37ab73648/language-es> (consultado el 31 de enero de 2022).

cias en los ordenamientos procesales de los distintos Estados miembros formulando distintas cuestiones a lo largo del mismo con el fin de construir la propuesta de Reglamento sobre PME.

En el Libro Verde no sólo se estudiaba la posibilidad de un proceso monitorio europeo, también la unificación de un procedimiento en Europa para reclamar las deudas de escasa cuantía. Sobre este particular el Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) propuso en su Dictamen de 18 de junio de 2003 que debían escindirse ambas propuestas y que debían existir dos iniciativas legislativas separadas, una para el proceso monitorio europeo y otra para los procedimientos de escasa cuantía³³. También el CESE consideró que el proceso monitorio europeo debía articularse como un procedimiento único con independencia de si se trataban de asuntos transfronterizos o puramente nacionales. Esto fue una cuestión muy debatida debido a las implicaciones que presentaba para el Derecho procesal nacional. Aunque en la primera Propuesta de Reglamento sobre proceso monitorio europeo así se incluyó³⁴, posteriormente en la propuesta modificada del Reglamento no se mantuvo³⁵. Es decir, en relación al Reglamento sobre proceso monitorio europeo hubo dos Propuestas siendo la primera más ambiciosa que la segunda. Finalmente, la propuesta modificada fue la que entró en vigor al día siguiente a su publicación en el DOUE de 30 de diciembre de 2006 dando lugar al ya citado *Reglamento (CE) n° 1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece el proceso monitorio europeo*.

14. Destacar que el RPME ha sido objeto de seguimiento desde que comenzara a aplicarse el 12 de diciembre de 2008. De este modo, es posible destacar dos informes de la Comisión Europea: 1) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación del RPME de 13 de octubre de 2015³⁶; 2) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación del RPME de fecha de 17 de octubre de 2016³⁷. Estos informes han dado lugar a diferentes modificaciones del RMPE las cuales se han materializado a través de los siguientes Reglamentos: 1) *Reglamento (UE) N° 936/2012 de la Comisión por el que se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*³⁸; 2) *Reglamento (UE) N° 517/2013 del Consejo Reglamento (UE) n° 517/2013 del Consejo, de 13 de mayo de 2013, por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia*³⁹. En base a este Reglamento se hicieron modificaciones de los Anexos I, II Y v del RMPE; 3) *Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) no 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo*⁴⁰. Esta modificación afectó a los artículos 7.4, 17, 25.1, 30 y 31 del RPME; 4) *Reglamento Delegado (UE) 2017/1260 de la Comisión de 19 de junio de 2017 por el que se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*⁴¹. En atención a este Reglamento Delegado se cambió el Anexo I del RPME.

³³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía» (COM(2002) 746 final) (2003/C 220/02).

³⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el proceso monitorio europeo de 19 de marzo de 2004 COM/2004/0173 final/3 - apartado 2.2 (ámbito de la propuesta).

³⁵ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo, Bruselas, 7.2.2006, COM(2006).

³⁶ Bruselas, 13 de octubre de 2015, COM (2015) final.

³⁷ Bruselas, 17 de octubre de 2016, COM (2016) final.

³⁸ DOUE L 283, de 16 de octubre de 2012.

³⁹ DOUE núm. 158, de 10 de junio de 2013.

⁴⁰ DOUE L 341/1, de 24 de diciembre de 2015.

⁴¹ DOUE L 182/20, de 13 de julio de 2017.

Tras toda esta normativa se puede decir que los cambios que se han realizado sobre el PME desde que entró en vigor han sido pocos y técnicos. No se puede destacar a día de hoy ningún cambio trascendental que afecte a su estructura o a aspectos característicos en los que se basa el RPME.

III. Razón de ser del Reglamento sobre proceso monitorio europeo

15. El considerando 8 RPME destaca que las dificultades para acceder a una justicia eficaz en los asuntos transfronterizos da lugar a que sea necesario una normativa armonizada que permita que el acreedor pueda acabar reclamando y cobrando su crédito en iguales condiciones. La razón de ser del RPME es la creación de un mecanismo específico para proteger el crédito no impugnado con elemento extranjero⁴². En definitiva, si se puede reclamar una deuda con facilidad y en las mismas condiciones se estarían consiguiendo al menos dos objetivos marcados por las instituciones europeas:

- 1) La lucha contra la morosidad.
- 2) El fomento de las libertades europeas.

En otras palabras, que un acreedor no pueda acceder con facilidad a los tribunales europeos a reclamar un crédito no impugnado perjudica al buen funcionamiento del mercado interior. Si una empresa tiene dificultad para cobrar sus créditos a empresas radicadas en otros Estados miembros, no volverá a contratar con ellas. Además, sin la efectividad en el cobro de un crédito, se pierde liquidez, lo que lleva a las empresas a la morosidad en un primer momento, y si no se resuelve, posteriormente, se podría incluso plantear un concurso, con el impacto que presenta para el mercado de trabajo⁴³.

Además, la regulación de un procedimiento común más breve y rápido para reclamar créditos no impugnados permite también afianzar las raíces de la justicia. Esto es así porque el RPME lucha contra los deudores de mala fe, los cuales en muchas ocasiones no pagan, no porque no puedan, sino porque se intentan aprovechar de la impunidad generada por la dificultad que plantea reclamar créditos transfronterizos.

La realidad es que la interposición de una demanda para reclamar un crédito con elementos extranjero no estaba exenta de dificultades antes de la aplicación del RPME, así podríamos destacar diferentes razones⁴⁴:

- a) *El coste del intercambio internacional.* La reclamación de una deuda ante tribunales extranjeros da lugar a que los costes se incrementen si se compara con un litigio meramente interno. Los gastos de traducción, de asesoramiento en relación al Derecho extranjero, de desplazamientos, etc. Todo ello junto con la cuantía objeto de la deuda son aspectos importantes a valorar para finalmente decidir si se acude a reclamar la deuda o se deja pasar. Todos estos costes asociados a la litigación en otro país tienden a desincentivar la actuación contra el deudor lo que provoca que el mercado interior europeo se resienta con fuerza. Esto es así porque queda relegado a una declaración de buenos principios que luego en la práctica poco se pueden materializar.
- b) *La variedad de procesos monitorios en las legislaciones nacionales de los Estados miembros.* Casi todos los Estados miembros cuentan con normas procesales donde se regula el proceso monitorio interno. Sin la existencia de una norma procesal común europea en la materia, esto obligaba al demandante a informarse del Derecho procesal de cada Estado donde tiene intención de reclamar su crédito, lo que cual implicaba añadir dificultades a la reclamación de la deuda. Además, algunos procesos monitorios nacionales no otorgan com-

⁴² Sobre este particular *vid.*, T. RAUSCHER, *Das Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, Sellier, München, 2004, p. 1.

⁴³ Libro Verde sobre el PME y el PEEC, p. 8.

⁴⁴ *Vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 54-55.

petencia cuando el demandado se encuentra domiciliado en el extranjero. Esto sucede en el ordenamiento español, pero también en otros como el austriaco o el belga⁴⁵. Por lo tanto, son completamente ineficientes para reclamar muchos de los créditos con elemento extranjero. *Ad. ex* en España en atención al art.813 LEC, el tribunal competente para el proceso monitorio nacional es el juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor. De este modo, antes de la aplicación del RPME era complicado acudir a un proceso monitorio para reclamar una deuda con elemento extranjero.

- c) *La efectividad de una resolución en un Estado diferente de donde se dicta*. Otra dificultad que se encontraba el acreedor era en relación a la efectividad de la resolución, ya que una vez conseguido el reconocimiento de un crédito hay que cobrarlo. El primer paso cuando ese pronunciamiento se recoge en una sentencia dictada en otro Estado es superar un proceso de *exequatur*. La efectividad de una sentencia dictada en el extranjero no es directa en el ordenamiento jurídico español. Esto hace añadir más costes a esa reclamación.

El legislador europeo consideró que un proceso monitorio común europeo armonizado podrá afrontar las dificultades anteriormente expuestas, precisando en el art. 1 RPME que el objeto de la norma es:

- 1º) La simplificación de la litigación transfronteriza de las reclamaciones de crédito con elemento extranjero en relación a créditos no impugnados. Es decir, el PME se centra en los créditos no debatidos por el deudor.
- 2º) La libre circulación del requerimiento europeo de pago. Un aspecto clave del PME es que se eliminan los procesos intermedios como el de reconocimiento y *exequatur*. Con el cumplimiento de unos requisitos mínimos, la resolución de un Estado miembro ordenando el pago de una deuda va a ser directamente ejecutada en otro Estado miembro.

IV. Características del proceso monitorio europeo

1. Introducción

16. Como ya se ha señalado, el PME es un proceso que se instaura en atención al citado *Reglamento (CE) n° 1896/2006*. Reglamento europeo que persigue simplificar y agilizar la reclamación y cobro de créditos pecuniarios no impugnados en asuntos transfronterizos⁴⁶. En atención al RPME, el acreedor puede solicitar un <<requerimiento europeo de pago>> (en adelante REP) y de estimarse por el juez de origen, el REP podría desplegar efectos, es decir, ser reconocido y ejecutado en cualquier otro Estado parte del Reglamento sin necesidad de que el acreedor tenga que instar a un procedimiento intermedio como el *exequatur* (art. 1.1 letra b RPME). Por lo tanto son dos los aspectos que se consiguen con el RPME: 1) Un procedimiento especial uniforme a nivel europeo para declarar el reconocimiento de créditos, es decir, un proceso monitorio europeo; 2) Un requerimiento europeo de pago, el cual es directamente ejecutable en un Estado miembro diferente de donde se dicta.

17. El PME es un instrumento realmente útil, con él se crea un procedimiento relativamente rápido y homogéneo basado en formularios lo que implica una reducción considerable en tiempo y dinero no sólo para el acreedor que reclama una deuda transfronteriza (art. 1.1. letra a RPME)⁴⁷ sino también para la administración de justicia. Además, como sucede con otros procedimientos uniformes europeos como el procedimiento europeo de escasa cuantía o la orden europea de retención de cuentas, el acree-

⁴⁵ Requerimiento europeo de pago: Bélgica, apartado 1.1.4, https://e-justice.europa.eu/41/ES/european_payment_order?BELGIUM&member=1 (consultado el 2 de febrero de 2022).

⁴⁶ AAP Barcelona 20 octubre 2010, n° 200/2010, ECLI:ES:APB:2010:4712A, FD 2º.

⁴⁷ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 30.

dor no tiene obligación alguna de utilizar el PME para reclamar su crédito, podría hacerlo mediante un proceso monitorio nacional⁴⁸. Por lo que el PME es un proceso alternativo y complementario debiendo tener presente el acreedor que reclama créditos transfronterizos que pueden existir dos tipos de procesos monitorios en cada Estado miembro a los que podría acudir: uno nacional y otro europeo.

18. Desde una perspectiva procesalista podríamos destacar las siguientes notas características⁴⁹ que hacen que el PME se considere un procedimiento especial:

- i) *Declarativo*. El fin del PME es conseguir un título ejecutivo que permita acabar cobrando la deuda.
- ii) *Plenario*. La resolución que pone fin al PME tiene efectos de cosa juzgada, en el caso de que el deudor no comparezca.
- iii) *Inversión del contradictorio*. El PME al igual que los procedimientos monitorios de diferentes Estados miembros como Francia, Italia, Alemania, Portugal o España se configura como un procedimiento donde se invierte la estructura del procedimiento ordinario. Es decir, el contradictorio no recae como sucede en el procedimiento ordinario en el demandante sino en el demandado. Es éste el que debe actuar para que el requerimiento de pago no acabe siendo un título ejecutivo. No hay que olvidar que el acreedor comienza el proceso monitorio con una solicitud de requerimiento de pago y el juez competente la dictaría sin oír al demandado. Como posteriormente estudiaremos, cuando dicho requerimiento de pago se notifica al deudor pueden tener lugar tres escenarios⁵⁰: 1) El deudor paga la deuda y el proceso monitorio acaba; 2) El deudor se opone al requerimiento de pago y el asunto puede continuar mediante un procedimiento ordinario; 3) El deudor ni contesta ni se opone al requerimiento de pago, en ese caso se convierte en un título ejecutivo.
- iv) *Sin límites cuantitativos*. La cuantía del crédito que se puede reclamar mediante el PME no tiene límite alguno.
- v) *Sumario*. Se trata de un juicio breve y especial, donde lo que se persigue es celeridad para tutelar el crédito transfronterizo⁵¹.
- vi) *Técnica monitoria intermedia*. El acreedor no debe probar documentalmente la deuda en la solicitud de requerimiento de pago pero debe manifestar el fundamento de su crédito y describir los medios de prueba de los que se valdría para justificar el mismo⁵².

A continuación vamos a analizar cada uno de los aspectos más característicos del proceso monitorio europeo.

2. El proceso monitorio europeo es opcional y alternativo

19. El considerando 10 PME señala: “*El proceso establecido mediante el presente Reglamento debe constituir un medio complementario y opcional para el demandante, que conserva plena libertad de recurrir a los procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Por lo tanto, el presente Regla-*

⁴⁸ Considerando 10 RPME.

⁴⁹ Vid. A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 53-54. Vid. también desde la perspectiva del proceso monitorio nacional, J. PICÓ I JUNOY/F. ADÁN DOMÉNECH, *La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorios y cambiarios*, Bosh, Barcelona, 2005, pp. 24-26; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, pp. 50-52.

⁵⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 58.

⁵¹ En la jurisprudencia española sobre el proceso monitorio nacional vid. ad ex. AAP Almería (Secc. 3º) 24 abril 2010, nº 40/2010, ECLI:ES:APAL:2010:530A, FD 3º.

⁵² Hay algún autor que ha considerado que en realidad se trata de un proceso monitorio puro, uno de los argumentos es que la exigencia de señalar circunstancias que fundamenten la deuda es una mera exigencia formal y que sirve no como prueba sino como vía para que el deudor identifique la deuda y decida la estrategia procesal a seguir, vid al respecto, L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso Monitorio...*, p. 52.

mento no sustituye ni armoniza los mecanismos de cobro de créditos no impugnados existentes en el Derecho nacional". En otras palabras, que el PME tenga carácter opcional implica que el demandante tiene la facultad de acudir al mismo para reclamar su crédito o a un procedimiento ordinario. El legislador europeo no quiso obligar al demandante a tener que acudir al PME cuando concurriera su ámbito de aplicación. El PME se concibe como una opción más a disposición del acreedor. Lo mismo sucede en todos los Derechos nacionales que cuentan con un proceso monitorio nacional, el acreedor tiene la opción de acudir al proceso monitorio pero no es obligatorio (a excepción de Austria, que obliga a acudir al proceso monitorio para la reclamación de deudas cuya cuantía no supere los 75.000 euros⁵³), si quieren finalmente reclamar su crédito mediante un proceso ordinario tienen plena libertad para hacerlo.

En relación al carácter alternativo del PME, ambos procesos, el nacional y el europeo se encuentran al mismo nivel de jerarquía en el ordenamiento jurídico, el PME no desplaza a los procesos monitorios ya existentes en el Derecho del foro. El demandante puede acudir al PME o a un proceso monitorio nacional⁵⁴. Esta fue una cuestión controvertida en la que el legislador tuvo que decantarse por una opción que influía de forma importante en la determinación del ámbito de aplicación del RPME. Relacionado con ese carácter alternativo, está una de las cuestiones más debatidas en la elaboración del PME: si la aplicación del PME debía limitarse a asuntos transfronterizos o extenderse a cualquier tipo de asunto, con independencia de la existencia o no de elemento extranjero. Esta última opción hubiera implicado que el PME hubiera desplazado a los procesos monitorios nacionales y ese carácter alternativo y facultativo no estaría presente. El legislador europeo sufrió críticas y presiones para que descartara esa posibilidad. Así, finalmente, optó por concebir al PME de forma alternativa con respecto a los procedimientos nacionales. De este modo, como ya se ha señalado, el demandante puede optar bien por el PME o por el proceso monitorio nacional del Estado miembro al que acuda a reclamar el crédito.

Ejemplo práctico: La empresa XYZ es una empresa con sede en Lisboa (Portugal) que se dedica a la confección de prendas de vestir. Ésta ostenta un crédito de 60.000 euros en contra de una empresa con sede en Tarragona (España) distribuidor de ropa al por menor. La empresa española sabe que la empresa lusa es justa acreedora de lo que reclama y no tiene pensado oponerse a la deuda. XYZ está decidida a reclamar su crédito ante tribunales españoles pero no tiene claro si el proceso monitorio europeo se debería aplicar de forma obligatoria y con primacía respecto al proceso monitorio español recogido en los arts. 812 y ss. LEC. **Solución:** La empresa portuguesa puede acudir a un proceso monitorio (nacional o europeo) o a un procedimiento ordinario a reclamar su crédito. El PME es un proceso alternativo al proceso monitorio nacional y es facultativo. El demandante elige la opción que más le puede beneficiar en atención a sus intereses.

3. El Reglamento como instrumento elegido para el desarrollo del PME

20. El legislador europeo se decantó por el Reglamento comunitario como instrumento jurídico elegido para desarrollar y regular el PME. Esta opción legislativa distó de ser baladí en aquel momento, ya que impactaba de lleno en la forma de concebir e implementar el PME en los ordenamientos de los Estados miembros.

Las opciones que se tuvieron presentes fueron dos:

- 1º) *Opción 1.* La regulación del PME mediante una Directiva. Posteriormente, cada Estado miembro debería haber implementado los cambios necesarios en los ordenamientos nacionales. Esta opción era la más ambiciosa a pesar de lo que pudiera parecer en un primer momento⁵⁵ e implicaba principalmente dos aspectos: 1) Se eliminaba la dualidad de proce-

⁵³ Requerimiento europeo de pago: Austria, apartado 1.1.3, disponible en https://e-justice.europa.eu/41/ES/european_payment_order?AUSTRIA&member=1 (consultado el 1 de febrero de 2022).

⁵⁴ APP Barcelona 20 octubre 2010, nº 100/2010, ECLI:ES:APB:2010:4712ª, FD 2º.

⁵⁵ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 70.

sos. Es decir, se descartaba la alternatividad. Hubiera existido un único proceso monitorio uniformizado en todos los Estados miembros conforme a las mismas directrices marcadas por la Directiva. Esta opción implicaba un cambio más profundo en los ordenamientos procesales nacionales; 2) El proceso monitorio europeo se aplicaría tanto a procesos internos como transfronterizos. No siendo relevante que existiera elemento extranjero para aplicar el proceso monitorio europeo. En definitiva, la uniformidad que se lograba con esta opción era mayor, ya que implicaba la sustitución de la legislación nacional sobre proceso monitorio por una europea.

2º) *Opción 2*. La regulación del PME sería mediante un Reglamento. La base jurídica de esta opción descansaba en el actual art. 81 TFUE (antiguo art. 65 TCE). Esto implicaba que el PME se concebiría como un procedimiento destinado a asuntos con repercusión transfronteriza. Un procedimiento que como hemos señalado se caracteriza por la alternatividad y la complementariedad⁵⁶. Por lo tanto, la opción por la que optó el legislador europeo finalmente fue por esta segunda que planteamos debido a que casaba más con la visión prudente mantenida en la elaboración del PME. También es cierto como ha señalado la doctrina que esta posición era la que la Comisión realmente podía adoptar debido a que el antiguo art. 65 TCE no le otorgaba competencia para modificar el Derecho procesal nacional de los Estados miembros⁵⁷.

4. El recurso al Derecho del foro

21. El art. 26 RPME precisa que todos los aspectos no tratados expresamente por el Reglamento se regirán por el Derecho nacional⁵⁸. El legislador no reguló todas las cuestiones relativas al PME de forma exhaustiva. Esto ha implicado que el Derecho del foro se aplique de forma supletoria⁵⁹ y complementaria a todos aquellos aspectos que no se contemplaron por el legislador en el desarrollo del PME. En el caso del ordenamiento jurídico español será la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

5. La estructura del Reglamento sobre PME

22. La estructura del RPME ha sido criticada debido a la falta de claridad y de alienación a los objetivos perseguidos⁶⁰. El Reglamento se divide en 32 considerandos, 33 artículos y 7 anexos. Dichos artículos no se dividen en títulos ni capítulos, tampoco hay secciones. Los motivos ante tal desorden no los sabemos a ciencia cierta pero lo que sí es cierto es que el legislador no vuelve a seguir la misma estructura en el siguiente Reglamento que gesta y que persigue también uniformar a nivel europeo otro proceso, el de reclamación de deudas de escasa cuantía.

23. La doctrina ha apuntado que las razones de una estructura tan poco depurada pueden deberse a los siguientes motivos⁶¹: 1) La falta de experiencia en la creación de este tipo de instrumentos que crean procesos europeos uniformes. El PME es el primero de ellos pero más tarde vendría el PEEC o el proceso relativo a la orden europea de retención de cuentas; 2) La supresión del *exequatur* para los requerimientos europeos de pago. Éste es uno de los objetivos primordiales del PME pero no estaba previsto a la propuesta original. A nuestro juicio, no tiene justificación la estructura tan caótica a la que se llegó en el texto final del Reglamento que finalmente se aprobó. La rápida elaboración sin un reposo

⁵⁶ Conclusiones Abogada General VERICA TRSTENJAK presentadas el 14 de febrero de 2012, C-618/10, ECLI:EU: C:2012:74, apartado 92.

⁵⁷ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo...*, p. 54.

⁵⁸ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartado 45.

⁵⁹ AAP de Huelva 27 abril 2017, nº 132/2017, ECLI:ES:APH:2017:181A, FD 1º.

⁶⁰ *Vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 74

⁶¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 74.

adecuado puede ser una de las causas. La realidad es que se podía haber hecho mucho mejor simplemente teniendo en cuenta la finalidad y el propio procedimiento que desarrolla el Reglamento

6. Tramitación telemática del PME

24. El proceso monitorio europeo es un procedimiento que se podría tramitar completamente de forma electrónica. Esto es posible por la configuración del propio procedimiento. Por un lado, es un procedimiento basado en formularios. Los cuales deben utilizarse de forma obligatoria tanto por el demandante como por el órgano jurisdiccional⁶². Por el otro, no existe vista oral, no se practica prueba y no se da audiencia al demandado en ningún momento, por lo que es un procedimiento que podría desmaterializarse⁶³. En otras palabras, tramitarse por vía electrónica. Es decir, que sea posible telemáticamente la comunicación, la celebración de videoconferencias y el intercambio de documentos de forma segura entre los órganos jurisdiccionales o entre los órganos jurisdiccionales y las partes en los procedimientos.

25. Como posteriormente estudiaremos, esto es posible debido a que el propio texto del RPME prevé la posibilidad de que el PME se pueda tramitar, desarrollar y también notificar en papel o de forma telemática. El demandante puede, si en el Estado miembro de origen se prevé, solicitar el REP telemáticamente (art. 7.5 RPME). Del mismo modo, el deudor también podría presentar su oposición de forma electrónica (art. 16.4 RPME). El RPME ha previsto el aspecto relativo a las firmas, ya que tanto la solicitud como la oposición se deben firmarse respectivamente por el demandante y por el demandado. Así, el art. 7.6 señala que cuando la petición de REP se haya realizado por medios electrónicos dicha firma deberá cumplir los requisitos de la *Directiva 1993/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*⁶⁴ no pudiendo el Estado de origen solicitar requisitos complementarios. Sin embargo, dicha firma no sería necesaria cuando exista en el Estado de origen un sistema electrónico de comunicación alternativo al que tenga acceso un determinado grupo de usuarios autenticados y prerregistrados y que permita identificar a los usuarios de forma segura. Pero como se adelantaba, no sólo la solicitud, el resto de fases del procedimiento pueden ser perfectamente automatizadas y desarrollarse de forma electrónica. Desde el examen de la petición por el órgano jurisdiccional (art. 8 RPME) hasta la notificación al demandado (arts. 13.2 letra d y 14.1 letra f RPME) y su posterior ejecución.

26. Aún así la tramitación electrónica del PME no es una obligación, es una opción que existe y que dependerá de los medios disponibles en cada Estado miembro⁶⁵. La presentación y tramitación electrónica del PME no es un aspecto conseguido en todos los Estados miembros. Las instituciones europeas llevan ya más de una década alentando a los países miembros a que se tomen en serio la digitalización de la justicia, debido a que es un aspecto clave para el afianzamiento del mercado único europeo. La tramitación y desarrollo electrónico de procedimientos y la comunicación telemática entre órganos jurisdiccionales permitiría que ese acceso del ciudadano a la justicia en asuntos transfronterizos fuese una realidad porque es en estos asuntos en los que se vería un importante avance. Esa agilidad y rapidez predicada en Reglamentos como el que estudiamos pasaría de ser de una opción a una realidad

⁶² La única excepción sería el demandado con el escrito de oposición. El demandado tiene la opción de utilizar el Formulario previsto al efecto en el RPME u otro escrito que considere oportuno siempre que le permita manifestar que se está oponiendo al REP.

⁶³ El término “desmaterialización” se recoge por primera vez en las Recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión sobre justicia en línea (e-Justicia) de 18 de diciembre de 2008, CE 45/63, de 23 de febrero de 2010. Sobre la desmaterialización de los procedimientos, *vid.* L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La evolución de la justicia en Red en los Procedimientos Europeos de Tutela del Crédito”, *Revista Jurídica Portucalese*, 2022, vol. II, pp. 107-119, en particular p. 111.

⁶⁴ DOUE L 13, de 19 de enero de 2000.

⁶⁵ De ahí que en el informe del Parlamento Europeo sobre la aplicación del proceso monitorio europeo de 17 de octubre de 2016 se destaque la necesidad de que la Comisión Europea fomente que los requerimientos europeos de pago se tramiten telemáticamente, apartado L punto 9. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0299_ES.html (consultado el 19 de mayo de 2022).

palpable. Para conseguirlo diferentes y variadas han sido las iniciativas que se han llevado a cabo por las instituciones europeas, entre las mismas sería posible destacar:

- 1) *La creación del portal e-justicia*⁶⁶. El cual se inicia en el Plan de Acción plurianual 2009-2013⁶⁷. Este portal se puso en marcha el 16 de julio de 2010 y permite un acercamiento de la justicia al ciudadano europeo. En el portal se puede encontrar información muy variada (desde legislación, jurisprudencia, autoridades competentes, tipos de procedimiento, etc.) y realmente útil para los ciudadanos pero también para los operadores jurídicos que se enfrentan a asuntos transfronterizos. En el caso del PME se pueden acceder a formularios dinámicos, así como la posibilidad de presentar la solicitud electrónicamente⁶⁸. La idea del proyecto era que el solicitante rellenase el formulario de solicitud en su idioma y que de forma automática éste se tradujera en atención al idioma del Estado miembro de presentación. Algún autor ha considerado que verdaderamente el PME se podría tratar de un proceso virtual⁶⁹. Y la realidad es que así es, en el PME a diferencia de otros procedimientos como el proceso europeo de escasa cuantía⁷⁰, todas las fases del procedimiento se podría realizar *on line*. Sin embargo, a día de hoy, a pesar de que esos formularios dinámicos ya están disponibles en e-JUSTICE, es necesario un impulso mayor (como el proyecto e-CODEX plus) para que esta posibilidad teórica de procesos complementemente electrónicos se convierta en una realidad en todos los Estados miembros para los ciudadanos y empresas europeas.
- 2) *El proyecto e-CODEX*⁷¹. Se trata de un proyecto piloto, actualmente desarrollándose en 21 Estados miembros⁷², con el que se persigue facilitar el acceso a la justicia mediante el intercambio de datos en línea entre Administraciones de Justicia de los Estados miembros. Esta <<puesta en común de datos y acceso a los mismos>> permitiría que la comunicación del ciudadano y las empresas con los órganos jurisdiccionales mejorara y también la relación de entre estos órganos jurisdiccionales entre sí radicados en diferentes Estados miembros. El proyecto e-CODEX es ambicioso y está dividido a su vez en nueve proyectos⁷³. Un proyecto a destacar es e-CODEX plus debido a que afecta al PME y al proceso europeo de escasa cuantía. La duración de e-Codex ha sido de tres años, finalizando el 31 de mayo de 2019. En dicho proyecto sólo han participado seis Estados, los cuales son Alemania, Portugal, Países Bajos, Grecia, Polonia y Austria. Uno de los resultados del proyecto piloto ha sido la propuesta de *Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a elativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726*⁷⁴. En dicha propuesta se pone manifiesto que e-CODEX es la principal solución digital para la transmisión segura de los datos electrónicos en los asuntos transfronterizos civiles y penales en la UE. Señala además, que e-CODEX se integrará en el Portal Europeo de e-Justicia para que se puedan presentar y firmar procesos monitorios europeos y de escasa cuantía electrónicamente.

⁶⁶ El portal se puede consultar en <https://e-justice.europa.eu/> (consultado el 23 de mayo de 2022). Para un mayor detalle sobre *e-Justice*, vid. F. BUENO DE MATA, “La desmaterialización de los procedimientos en la UE: especial referencia a la mediación *on line* y al proceso monitorio europeo”, *Forderis 3.0 Estudios sobre nueva tecnología y justicia*, pp. 9-18.

⁶⁷ DOUE C 75, de 31 de marzo de 2009. Sobre el Plan de Acción vid., C. ARAGÜENA FANEGO, “Perspectivas de la e-Justicia en Europa”, en C. SENÉS MOTILLA (Coord.), *Presente y Futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 29-81, en particular, 45-79.

⁶⁸ L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La evolución de...”, p. 112.

⁶⁹ F. BUENO DE MATA, “La desmaterialización de...”, p. 17.

⁷⁰ Sobre las diferencias en la telematización entre el PME y el proceso europeo de escasa cuantía vid. L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La evolución de...”, pp. 110-111.

⁷¹ www.e-codex.eu. Sobre el proyecto vid. también A. MERCHÁN MURILLO, “e-CODEX: Soluciones de e-Justicia interoperable en la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 46, 2018.

⁷² Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa y Rumanía.

⁷³ Para un mayor detalle sobre cada uno de los proyectos que se están desarrollando en la actualidad vid. www.e-codex.eu/projects (consultado el 23 de mayo de 2022).

⁷⁴ Bruselas, 2.12.2020, COM(2020) 712 final,2020/0345(COD).

Por lo tanto, como posteriormente estudiaremos, la solicitud de PME también la oposición al mismo por parte del deudor o incluso las notificaciones del procedimiento se podrían realizar telemáticamente. El propio RPME lo prevé. Sin embargo, no hay una uniformidad al respecto entre Estados miembros. Hay Estados más avanzados en la digitalización de los justicia y otros menos. El acreedor va a encontrar diferencias al respecto en atención al Estado donde decida interponer el REP. En el caso del ordenamiento español, la solicitud de REP y también la oposición al mismo se podrían realizar telemáticamente. Así lo prevé el art. 135.1 LEC. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la web de e-Justice España ha señalado que los mecanismos de comunicación sería vía presencial, por correo postal y fax⁷⁵. Esto debería actualizarse. Hay que tener en cuenta que desde el 1 de enero de 2017 las personas jurídicas tienen la obligación de interponer las demandas telemáticamente (art. 273 LEC) en el ordenamiento jurídico español. Si quien presenta la solicitud es un abogado o procurador el sistema para ello sería *Lexnet*⁷⁶. Si se tratase de un particular que reclama sin postulación procesal podría recurrir al portal *e-Justice* y cumplimentar el formulario para posteriormente remitirlo al tribunal competente mediante la Sede Judicial Electrónica. Aún así en el caso del ordenamiento español, aunque se pueda presentar la solicitud telemáticamente hay que presentar copias del formulario y demás documentos que acompañen la solicitud en papel para todas las partes.

V. Los créditos que se pueden reclamar mediante el PME

27. El RPME no se aplica a todo tipo de deuda sino a aquellas a las que el deudor en principio no se opone, es decir, créditos no impugnados. Créditos que el deudor no rebate pero que tampoco paga⁷⁷. Además, el RPME precisa las características que dichos créditos en principio sin oposición deben tener. Así, el RPME se aplicaría a los créditos pecuniarios, de cantidad determinada, vencidos y exigibles (art. 4 RPME)⁷⁸. No obstante, junto con estos elementos que destacamos también es necesario analizar otros. Así, por tanto, el ámbito de aplicación del RPME se compone de cuatro elementos: 1) Ámbito de aplicación temporal; 2) Ámbito de aplicación espacial; 3) Ámbito de aplicación material; 4) Ámbito de aplicación personal.

1. Ámbito de aplicación temporal

28. El RPME entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOUE, es decir el 13 de diciembre de 2006 (art. 33.1 RPME). Sin embargo, su aplicación tuvo lugar desde el 12 de diciembre de 2008, salvo los arts. 28, 29, 30 y 31 que fueron aplicables desde el 12 de junio de 2008 (art. 33.2 RPME).

29. Esta diferencia de fechas entre la entrada en vigor y su aplicación es muy habitual en los Reglamentos europeos en materia de Derecho internacional privado. El fin de dejar un tiempo a los Estados miembros entre la entrada en vigor y la obligación de aplicar la norma es para que puedan adoptar las medidas necesarias en sus ordenamientos nacionales para la debida aplicación del instrumento europeo. Así, esa adaptación del ordenamiento nacional implica tareas muy diversas desde cambios legislativos, modificaciones en la organización judicial y administrativa o facilitar en el plazo requerido a la Comisión información necesaria para la aplicación del Reglamento⁷⁹.

⁷⁵ Vid. https://e-justice.europa.eu/353/ES/european_payment_order?SPAIN&member=1 (consultado el 23 de mayo de 2022).

⁷⁶ Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático e telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2007); disposición derogada por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 2015).

⁷⁷ Vid. L. GÓMEZ AMIGO, "Aplicaciones de la e-justicia en el proceso monitorio europeo", en C. SENÉS MOTILLA (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, p. 132.

⁷⁸ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 39.

⁷⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 102.

30. De este modo, las deudas que se pueden reclamar mediante el PME son las que nacen después del 12 de diciembre de 2008, momento en el que se comienza a aplicar. No obstante, este proceso se puede utilizar para reclamar deudas que se hayan originado en relación a litigios surgidos con anterioridad a su fecha de aplicación, siempre que el período de limitación aplicable a la deuda no haya expirado en atención a la *lex fori*⁸⁰.

2. Ámbito de aplicación espacial

31. Los órganos jurisdiccionales y autoridades de todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca (art. 2.3 RPME) tienen la obligación de aplicar el RPME en todos sus elementos (art. 33.3 RPME). Esto en la práctica presenta dos implicaciones: 1) Un acreedor no puede solicitar un requerimiento europeo de pago ante un juez danés; 2) Un requerimiento europeo de pago dictado en otro Estado miembro no va a desplegar ningún efecto en Dinamarca.

Caso. La empresa Textiles Martínez S.L ostenta una deuda de 10.000 euros contra la empresa danesa fabricante de ropa Petersen. La empresa española considera que debido a que la deuda es incontestada y el deudor no se opone a la misma que lo mejor sería acudir ante los tribunales daneses a solicitar un requerimiento europeo de pago. **Solución.** La empresa española se equivoca. Dinamarca no es parte del *Reglamento 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, por lo que no es posible acudir a dicha norma para requerir el pago de la deuda. Tampoco la empresa española podrá acudir a las autoridades danesas con un requerimiento europeo dictado por las autoridades de otro Estado miembro y pedir su ejecutividad. La empresa española deberá estudiar otras opciones como reclamar el crédito transfronterizo iniciando un proceso ordinario ante tribunales daneses teniendo en cuenta los foros de competencia judicial internacional que se recogen en el *Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁸¹, del cual Dinamarca sí es parte.

3. Ámbito de aplicación material

A) Introducción

32. El proceso monitorio europeo se puede utilizar para reclamar créditos no impugnados en materia civil y mercantil en relación a asuntos transfronterizos con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (art. 2.1 RPME). De este modo, son dos los elementos analizar:

- 1) Materia civil y mercantil.
- 2) Crédito no impugnado, pecuniario, vendido y exigible.

B) Materia civil y mercantil

33. El crédito se tiene que derivar de una deuda pecuniaria en “materia civil y mercantil”. El concepto de “materia civil y mercantil” es similar al que se sigue en el Reglamento Bruselas I *bis*. Por lo tanto, la abundante jurisprudencia del TJUE que existe definiendo qué debe entenderse por “material civil y mercantil” en atención al Reglamento Bruselas I *bis* podría aplicarse también a esa noción de

⁸⁰ Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento relativo al proceso monitorio europeo, p. 12, disponible en https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287--maximize-es.do (consultado el 1 de marzo de 2022).

⁸¹ DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

“materia civil y mercantil” del RPME, pero también a otros Reglamentos como el *Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*⁸² (en adelante, RTEE) y el *Reglamento (CE) n° 861/2007, por el que se crea un proceso de escasa cuantía*⁸³.

Así en base a dicha jurisprudencia del TJUE, se podrían destacar tres aspectos⁸⁴:

- 1) *No existe una definición en el RPME.*
- 2) *La calificación del concepto “materia civil y mercantil” es autónomo y basado en los objetivos del Reglamento en cuestión.* Por ese motivo, aunque muchas de las interpretaciones del TJUE en relación a Bruselas I *bis* se pueden aplicar el RPME no hay que olvidar que dichos instrumentos tienen objetivos y fines diferentes. El RPME persigue establecer un proceso uniforme para la reclamación y cobro de créditos en principio no controvertidos y cuya resolución tiene efectos ejecutivos directos en cualquier Estado miembro sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento intermedio. El Reglamento Bruselas I *bis* persigue la determinación de la competencia de los Estados miembros en asuntos transfronterizos y la determinación de los efectos extraterritoriales de las resoluciones⁸⁵. Por lo tanto, esto impacta en su ámbito de aplicación material, así la extrapolación sin más de todo lo dispuesto por el TJUE en relación al Reglamento Bruselas I *bis* no sería adecuado⁸⁶. Pero sí que es posible inferir al RPME las dos premisas básicas que ha desarrollado el TJUE para determinar si la materia es civil y mercantil, las cuales son:

- El objeto del litigio⁸⁷.
- La naturaleza de la relación que existe entre las partes afectadas⁸⁸.

De este modo, un aspecto clave que se conocerá al analizar lo anterior será si las partes son sujetos privados. Si las partes son sujetos privados y las relaciones que existen entre ellos son relaciones de Derecho privado la reclamación de deuda podrá calificarse dentro del ámbito de aplicación del RPME. Cuestión diferente es cuando una de las partes es un sujeto de Derecho público y actúa bajo el ejercicio de su soberanía ejerciendo *su jure imperii*. En ese caso, la relación debe calificarse como un litigio de Derecho público, aspecto que ha sido subrayado en numerosas ocasiones el TJUE en su jurisprudencia⁸⁹

⁸² DOUE núm. 143, de 30 de abril de 2004.

⁸³ DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007.

⁸⁴ En relación a sentencias del TJUE interpretando el concepto de materia civil y mercantil *vid.* entre las más recientes STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania*, ECLI:EU:C:2021:443, apartado 25; STJUE 28 febrero 2019, C-579/17, *BUAK*, ECLI:EU:C:2019:162, apartado 46; STJUE 9 marzo 2017, C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193, apartado 33; STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *Lithuanian*, ECLI:EU:C:2014:2319, apartado 24, STJUE 11 junio 2015, C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13, *Fahnenbrock*, ECLI:EU:C:2015:383; STJCE 28 abril 2009, C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271, apartado 41.

⁸⁵ STJCE 6 octubre 1976, as. 14/76, *Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:134, apartado 8.

⁸⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 91.

⁸⁷ STJUE 12 septiembre 2013, C-49/12, *Sunico*, ECLI:EU:C:2013:545, apartado 33.

⁸⁸ STJUE 28 abril 2009, C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271, apartado 42.

⁸⁹ *Vid.*, sobre este particular, STJCE 14 octubre 1976, 29/76, *Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137; STJCE 16 diciembre 1980, 814/79, *Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291; STJCE 21 abril 1993, C-172/91, *Sonntag*, ECLI:EU:C:1993:144; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555; STJCE 14 noviembre 2002, C-271/00, *Gemeente Steengergem*, ECLI:EU:C:2002:656; STJCE 15 mayo 2003, C-266/01, *Préservatrice*, ECLI:EU:C:2003:282; STJCE 15 febrero 2007, C-292/05, *Eirini Lechourito y otros*, ECLI:EU:C:2007:102; STJCE 28 abril 2009, C-420/07, *Meletis Apostolides vs. David Charles Orams*, ECLI:EU:C:2009:271, apartado 43; STJUE 11 abril 2013, C-645/11, *Land Berlin vs. Sapir; Busse*, ECLI:EU:C:2013:228; STJUE 12 septiembre 2013, C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue*, ECLI:EU:C:2013:545], apartado 34; STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL - Lithuanian Airlines AS*, ECLI:EU:C:2014:2319, apartados 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, C-102/15, *Gazdasági Versenyhivatal vs. Siemens Aktiengesellschaft Österreich*, ECLI:EU:C:2016:607, apartados 32-34; STJUE 15 noviembre 2018, C-308/17, *Hellenische Republik vs. Leo Kuhn*, ECLI:EU:C:2018:911, apartados 32-36; STJUE 28 febrero 2019, C-579/17, *BUAK Bauarbeiter-Urtaubs-*, ECLI:EU:C:2019:162, apartados 46, 49-50; STJUE 5 diciembre 2019, C-421/18, *Ordre des Avocats du barreau de Dinant*, ECLI:EU:C:2019:1053, apartado 22; STJUE 7 mayo 2020, C-641/18, *LG y otros vs. Rina SpA*, ECLI:EU:C:2020:349, apartado 34.

y que debido a la misma se incluyó expresamente por el legislador europeo en la modificación del Reglamento Bruselas I del año 2000⁹⁰(así se puede ver en el art. 1.1 in fine del Reglamento Bruselas I *bis*).

34. *El concepto de “materia civil y mercantil” debe interpretarse de modo amplio.* El TJUE ha realizado una interpretación amplia en relación a lo que debe entenderse por materia “civil y mercantil” y la misma tiene su justificación en el considerando 10 del Reglamento Bruselas I *bis*⁹¹. En el mismo se señala lo siguiente: “*El ámbito de aplicación material del presente Reglamento debe abarcar lo esencial de las materias civil y mercantil, salvo determinadas materias claramente determinadas*”. Por lo tanto, todo litigio entre particulares o entre particulares y un Estado actuando sin potestad de *imperium* y cuya relación se deriven obligaciones de naturaleza privada se van a considerar incluidos dentro de la noción “materia civil y mercantil” siempre que no se trate de materias expresamente excluidas por el art. 1.2 del Reglamento Bruselas I *bis*. Así, del mismo modo que el TJUE ha interpretado de forma amplia la noción “civil y mercantil”, se ha interpretado de forma restrictiva las “materias excluidas”⁹².

35. Esa interpretación estricta o restrictiva de las materias excluidas también podría extrapolarse al RPME. En particular, el art. 2.2 RPME señala una lista *numerus clausus* de las materias que quedarían fuera de su ámbito de aplicación material, las cuales son:

- 1) *Los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;*
- 2) *La quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;*
- 3) *La seguridad social;*
- 4) *Los créditos derivados de obligaciones extracontractuales, a no ser que:*
 - i) *hayan sido objeto de un acuerdo entre las partes o haya habido un reconocimiento de deuda, o*
 - ii) *se refieran a deudas líquidas derivadas de una comunidad de propietarios.*

En relación a esta última materia precisar que no se excluyen del ámbito de aplicación del RPME los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual, sino que se excluyen aquellos que no sean por importe determinado, vencidos y exigibles. Sobre este particular, ha señalado la doctrina que esta exclusión de las deudas derivadas de obligaciones extracontractuales no era necesaria⁹³. Y la verdad que así es, ya que el art. 4 RPME es el que precisa y deja fuera los créditos que no tengan dichas características. Sin embargo, también es cierto que dicha precisión en relación a las obligaciones extracontractuales fue adecuada debido a que al momento de entrar en vigor el PME había disparidad en los procesos monitorios nacionales sobre la inclusión de créditos que se derivan de la responsabilidad extracontractual⁹⁴.

36. Una materia que no se excluye de forma expresa en el art. 2 RPME es la materia laboral. Así, cabría preguntarse si se podría reclamar por parte de un trabajador vía proceso monitorio europeo el pago de su salario. Siguiendo lo expuesto anteriormente, es decir, que el concepto de materia civil y mercantil debe entenderse en sentido amplio y que la interpretación de las materias excluidas debe realizarse

⁹⁰ *Vid.* Reglamento (CE) n.º 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.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (re-fundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012).

⁹¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Tratado de Derecho internacional privado, tomo ii, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1138.

⁹² STJUE 6 junio 2019, *Annes Weil*, ECLI:C:EU:2019:473, apartado 43.

⁹³ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 89.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 89 y nota 19.

de modo restrictivo la respuesta es sí. Así también lo ha considerado la doctrina⁹⁵ y tiene todo el sentido debido a que va en la línea del Reglamento Bruselas I *bis*, ya que los litigios transfronterizos derivados de una relación laboral están incluidos dentro de su ámbito de aplicación. No resultando relevante que el órgano jurisdiccional que conozca sea del orden social y no civil.

C) Créditos no impugnados, pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles

37. El art. 4 RPME precisa que “*se establece el proceso monitorio europeo para el cobro de créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago*”. Por lo tanto, el PME no se puede utilizar para reclamar cualquier crédito, sólo aquellos que presenten las características que precisa el citado art. 4 PME.

Un aspecto que se incluyó en el Libro Verde pero que posteriormente en la versión final no se incorporó fue el de término “crédito no impugnado”. Término que no es pacífico y que de forma muy general se podría definir como ese crédito que el deudor acepta y no discute. La realidad es que los créditos que se pueden reclamar mediante el PME son créditos “aparentemente” no impugnados⁹⁶. Y es “aparentemente” porque hasta que no se inicie el procedimiento y se pueda observar la actitud del demandado ante el requerimiento europeo de pago no se puede afirmar con rotundidad que el crédito no es discutido por el deudor o lo que es lo mismo un “crédito no impugnado” o “no controvertido”. Este aspecto es una diferencia con el Reglamento sobre título ejecutivo europeo. Como estudiaremos posteriormente, este Reglamento sí que hace alusión al término “crédito no impugnado” en su art. 3 recogiendo diferentes tipos de situaciones en atención a la actitud del deudor⁹⁷.

De este modo, el legislador europeo decidió centrarse en el objetivo perseguido por el RPME y de forma acertada prescindió del término “crédito no impugnado” para detallar otras características que sí debían presentar los créditos que se reclamaran mediante este proceso uniforme europeo. La técnica seguida por el legislador de la UE es la misma que han seguido los legisladores nacionales a la hora de elaborar los procesos monitorios de sus ordenamientos⁹⁸. Es decir, una técnica que permita precisar de forma objetiva los tipos de créditos que quedarían incluidos dentro de la norma. Una selección precisa de las características que los créditos que se pueden reclamar mediante el PME deben contener hace que los motivos por los que el deudor se pueda oponer se reduzcan considerablemente⁹⁹. Esto hace que el PME verdaderamente pueda en la práctica ser un proceso ágil y eficaz para la reclamación de las deudas en asuntos transfronterizos.

38. Las cuatro características que los créditos que se reclamen mediante el PME deben tener son: 1) crédito pecuniario; 2) crédito determinado; 3) crédito vencido; 4) crédito exigible.

1) *Crédito pecuniario*. El crédito que se puede reclamar mediante el PME debe ser pecuniario y no está sujeto a límite de cuantía alguno. Esto implica dos aspectos: i) Vía PME no se pueden reclamar

⁹⁵ Vid. S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 90; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio...*, p. 74. Para un mayor detalle vid. también, A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, “El proceso monitorio laboral”, *Relaciones laborales*, 1, Wolters Kluwer, pp. 1-16; J.M. ROCA MARTÍNEZ, *El proceso monitorio laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 161-165.

⁹⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 92.

⁹⁷ Esos diferentes escenarios que se señalan en el art. 3 del Reglamento 805/2004, sobre título ejecutivo europeo son:

“a) el deudor ha manifestado expresamente su acuerdo sobre el mismo, mediante su admisión o mediante transacción aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional; o bien
b) el deudor nunca lo ha impugnado, con cumplimiento de los pertinentes requisitos procesales de la ley del Estado miembro de origen, en el marco de un procedimiento judicial; o bien

c) el deudor no ha comparecido ni ha sido representado en la vista relativa a dicho crédito después de haber impugnado inicialmente el crédito en el transcurso del procedimiento judicial, siempre que dicho comportamiento equivalga a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen; o bien
d) el deudor lo ha aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva”.

⁹⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 94.

⁹⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 95; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 74.

aquellos créditos que nazcan de obligaciones no pecuniarias como las obligaciones de hacer, no hacer o de entrega de cosa específica; ii) Cualquier crédito dinerario con independencia de su cuantía (*ad ex.* créditos por importe de 1000 euros o de un 1.000.000 de euros) tiene cabida en el PME.

El legislador europeo se aleja al decantarse específicamente por las obligaciones pecuniarias de aquellos sistemas como el francés o el finlandés en los cuales mediante su proceso monitorio nacional se pueden reclamar obligaciones tanto pecuniarias como no pecuniarias¹⁰⁰. Así, se decantó por el modelo de proceso monitorio nacional más seguido por los Estados miembros, aquél que se basa en la reclamación de deudas dinerarias. Este aspecto no fue nada controvertido en el proceso de creación del PME y existió unanimidad al respecto. Esto es así básicamente por dos razones¹⁰¹: i) los créditos pecuniarios son los más habituales, careciendo de relevancia práctica los no pecuniarios; 2) los créditos pecuniarios permiten que su reclamación pueda materializarse mediante un procedimiento basado en formularios. Sin embargo, aplicar este sistema a las deudas no pecuniarias sería más complejo, lo que implicaría una pérdida importante de la agilidad y rapidez para la reclamación de deudas, objetivos claves del PME.

En relación a la no limitación de la cuantía de los créditos, el legislador europeo optó por un criterio acogido prácticamente por todos los Estados miembros en sus ordenamientos nacionales. Sin embargo, este criterio no era seguido en países como España para su proceso monitorio nacional, ya que hasta el año 2011 no se eliminó el límite de cuantía. Esto implicaba que los créditos pecuniarios que podían reclamarse hasta el cambio legislativo mediante el proceso monitorio español no podían superar la cuantía de 250.000 euros¹⁰².

2) *Crédito determinado*. Un crédito se puede determinar cuando es líquido. La LEC señala en su art. 219 que se entenderá por líquida toda deuda que se pueda determinar mediante una pura operación aritmética. Así, en ese proceso de determinación no será preciso tener en cuenta otros datos o pruebas, únicamente dicha operación matemática. Relevante. Sin embargo, la liquidación de un crédito no es en ocasiones sencillo, así aunque hay doctrina que ha señalado diferentes posiciones en relación al proceso monitorio nacional¹⁰³, el RPME exige que se deba determinar la cuantía exacta de la deuda que se reclama¹⁰⁴. Por lo tanto, esto hace que ni si quiera se puedan incluir en el PME esos créditos en los que el juez deba determinarlos mediante una simple operación aritmética¹⁰⁵. La obligación de determinar la deuda se aplica sobre el principal, las penalizaciones contractuales y las costas, pero no sobre los intereses¹⁰⁶.

Mediante el proceso monitorio europeo se puede reclamar perfectamente un crédito determinado en moneda extranjera. En el Formulario A apartado 6 se prevé tal aspecto y también en el Formulario E en base al cual la autoridad competente dicta el REP. Dichos formularios recogen diferentes monedas extranjeras recogiendo también un apartado para “otras”. Sin embargo, es curioso como ha señalado ya la doctrina¹⁰⁷ y a día de hoy todavía no se ha modificado, que en el Formulario A en lengua española el apartado de las monedas en lugar de poner la palabra “otras” aparece la palabra alemana *sonstige* que significa otro.

Una cuestión que cabe plantearse es si es posible solicitar un PME sobre una moneda extranjera sin cotización oficial. La respuesta es afirmativa debido a que en la solicitud no es necesario convertir

¹⁰⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 96.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² La Ley que suprimió el límite de cuantía en la LEC fue la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Sin embargo, esta no es la primera modificación en relación a la cuantía que el legislador realiza sobre el proceso monitorio nacional. Así, en un primer momento, cuando se introdujo el proceso monitorio en el ordenamiento español los créditos que se podían reclamar no podían exceder de 30.000 euros. 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) incrementó la cuantía hasta 250.000 euros.

¹⁰³ *Vid.* J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 73-75; J.M. QUÍLEZ MORENO, *El proceso monitorio...*, pp. 88-89.

¹⁰⁴ *Vid.*, formulario A del anexo I RPME donde en el apartado 6 hay una casilla específica para señalar “valor total del principal excluidos intereses y costas”.

¹⁰⁵ *Vid.*, al respecto, L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 75.

¹⁰⁶ *Vid.*, formulario A del anexo I RPME apartado 8 para las penalizaciones contractuales (si proceden) y apartado 9 para las costas (si procede).

¹⁰⁷ L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 76.

la moneda extranjera en la moneda nacional¹⁰⁸. El principal más los intereses se deberían solicitar en la moneda extranjera y las costas en moneda nacional. Más debate doctrinal ha existido en relación al proceso monitorio español. Esto es así debido a que hay autores que han considerado que las deudas en moneda extranjera y sin cotización oficial son indeterminadas, por lo que no cabría su reclamación mediante el proceso monitorio español¹⁰⁹. Sin embargo, esta posición sobre todo se mantenía y tenía su sentido cuando el límite de cuantía de 30.000 euros (vigente hasta 2009) y de 250.000 (vigente hasta 2011) existía y era un requisito del procedimiento. Además, hay que tener en cuenta que el Derecho procesal español permite que un título judicial pueda ejecutarse aunque la moneda que recoge sea extranjera y sin cotización oficial. El cambio a la moneda nacional se hará en atención a lo que considere el tribunal (art. 577 LEC).

3) *Crédito vencido*. Un crédito vencido es aquel cuyo plazo para el pago ya se ha alcanzado y el deudor no ha efectuado. De este modo, tras ese momento temporal el crédito comenzaría a devengar intereses de demora en atención bien a lo pactado por las partes o lo dispuesto por la ley.

4) *Crédito exigible*. Un crédito es exigible en los casos en los que no dependa de contraprestación o de condición alguna. El art. 1113 del Código Civil español precisa que “*Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren*”. De este modo, los pagos periódicos futuros estarían excluidos del ámbito de aplicación del PME¹¹⁰. Tampoco serían reclamables vía PME las deudas sometidas a una condición suspensiva. No obstante, éste es un aspecto que la autoridad que examine la solicitud no va a poder controlar debido a que no se presenta documento alguno que justifique la deuda. El deudor es el que debe preocuparse por alegar este aspecto en la oposición si el crédito al momento de interponer la solicitud de REP no era exigible¹¹¹.

4. Ámbito de aplicación personal

39. En el ámbito personal se debe comprobar si el domicilio de una las partes se encuentra en un Estado miembro diferente al del Estado miembro donde se interpone la petición de proceso monitorio europeo. En la práctica, bien el demandante o el demandado deberá estar domiciliado en un Estado miembro si no es así no va a ser posible acudir al PME para la reclamación de la deuda.

40. Por lo tanto, un término clave en relación al ámbito personal del RPME es el de <<asunto transfronterizo>>.

En el Libro Verde sobre el PME y el PEEC, la Comisión no mencionaba el elemento extranjero como aspecto necesario para que se aplicara el RPME. Sin embargo, algunos Estados miembros se opusieron con fuerza (fue el caso de Francia) a que el PME se pudiera aplicar también a casos internos. Ante tal falta de acuerdo e intuyendo que el proyecto sobre PME podía desvanecerse, la Comisión tuvo que ceder e incluir el requisito de que la deuda que se reclamara se debe enmarcar en un asunto transfronterizo¹¹². Como ya se ha señalado, el motivo de la oposición de algunos países a que el PME se pudiera aplicar tanto a asuntos internos como internacionales residía en las implicaciones que tenía para el Derecho procesal interno. La aplicación del proceso monitorio europeo a todo tipo de asuntos implicaba

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰⁹ Vid. J. M. QUÍLEZ MORENO, *El proceso monitorio...*, p. 70.

¹¹⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 101.

¹¹¹ L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 78.

¹¹² Sobre este particular vid. X. E. KRAMER, “Enhancing Enforcement in the European Union. The European Order for Payment Procedure and Its Implementation in the Member States, Particularly in Germany, the Netherlands, and England”, en C. H. VAN RHEE/ A. UZELAC (eds), *Enforcement and enforceability: Tradition and reform*, Antwerp, Intersentia, 2010, p. 22; También vid., F. ALBA CLADERA, “Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida”, *CDT*, vol. 12, nº 2, pp. 1219-1221.

profundos cambios en los Derechos procesales de los Estados miembros. Uno de ellos hubiera sido la desaparición del proceso monitorio nacional en los Estados que ya disponía de este proceso, no estando dispuesto a ello algunos Estados miembros¹¹³. Desde nuestro punto de vista, aunque era la opción más compleja, era la que debería haber prosperado, consideramos que legalmente era posible en base al art. 65 del Tratado Constitutivo, ya que el proceso monitorio era y es una medida necesaria “*para el correcto funcionamiento del mercado interior*”. Y lo anterior marcado en cursiva recogido en el citado art. 65 hubiera habilitado a la Comisión a que no sólo hubiera legislado en materia que exclusivamente afecte a asuntos transfronterizos¹¹⁴. A nuestro juicio, esa primera propuesta del PME proponía una mayor armonización y hubiera implicado una mayor seguridad jurídica para el ciudadano ya que el resultado hubiera sido el mismo proceso monitorio en todos los Estados miembros.

41. El RPME define asunto transfronterizo en su art. 3.1, estableciendo que “ (...) *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*”

Esta definición persigue que el RPME se utilice básicamente en asuntos en los que el demandante y demandado se encuentren domiciliados en Estados miembros diferentes. La realidad es que la definición no es acertada, ya no sólo por situaciones extrañas que pueden tener lugar y que la doctrina ya ha apuntado¹¹⁵. *Ad exemplum*, una persona domiciliada en un tercer Estado no podría reclamar un crédito en el Estado miembro donde el demandado está domiciliado¹¹⁶. Tampoco es la mejor definición posible debido a que se podría haber elegido una redacción diferente¹¹⁷, quizás una definición más amplia o en la línea a la que se sigue en el Reglamento Bruselas I *bis*. Este Reglamento para considerar en qué casos un asunto puede ser transfronterizo sigue la tesis del elemento extranjero puro. Es decir, cualquier elemento presente en la relación entre las partes es suficiente para que se considere que el asunto puede ser transfronterizo. Ello hubiera sido coherente, ya que como se estudiará, la competencia judicial internacional para aplicar el RPME se fija en atención a los foros del citado Reglamento Bruselas I *bis*. Sin embargo, no ha sido así, finalmente el legislador europeo se inclinó por otro tipo de tesis, la “*cross border litigation*”¹¹⁸. Esta tesis consiste en que para considerar la existencia de un asunto transfronterizo es necesario que las partes involucradas en el mismo tengan su domicilio en Estados diferentes. Esta concepción deja fuera asuntos de Derecho internacional privado como en los que el elemento extranjero puede estar presente en el momento de la eficacia extrajudicial de la resolución.

Ejemplo práctico: La señora Ricard, de origen francés pero con residencia habitual en Madrid se dedica al arrendamiento de bienes inmuebles en la capital española. Esta señora tiene más de cien propiedades repartidas por la ciudad de Madrid y actualmente tiene un problema de impago con uno de sus anteriores inquilinos. Éste es un señor de origen esloveno residente en Alicante al momento de surgir la controversia. El antiguo inquilino no impugna la deuda de 25.000 euros pero la señora Ricard sabe que gran parte del patrimonio de este deudor se encuentra en su país de origen, Eslovenia. Así, se plantea si sería posible acudir al proceso monitorio europeo para reclamar este crédito a su favor debido a que presenta la ventaja de que una vez obtenido el requerimiento europeo de pago en un Estado

¹¹³ Para un mayor detalle, *vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 78-81. *Vid.*, también, L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 69 y p. 71.

¹¹⁴ Esta cuestión no es pacífica y hay doctrina en contra de la posición que sostenemos, *vid ad. ex.* R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de escasa cuantía*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 68.

¹¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 858.

¹¹⁶ Un demandante con domicilio en un tercer Estado podría reclamar una deuda mediante un PME si se interpone la misma en un Estado miembro distinto de donde está domiciliado el deudor. Del mismo modo, un acreedor domiciliado en un Estado miembro podrá solicitar en un Estado miembro distinto en el que reside un requerimiento europeo de pago contra un deudor domiciliado en un tercer Estado. *Vid.* Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento relativo al proceso monitorio europeo, p. 12, disponible en https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287--maximize-es.do (consultado el 1 de marzo de 2022).

¹¹⁷ Así lo han apuntado, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho*, p. 858.

¹¹⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 86.

miembro se puede ejecutar directamente en cualquier Estado parte del RPME sin necesidad de acudir a ningún procedimiento intermedio. **Solución:** La respuesta es no. Esto es así debido a que en atención al art. 3.1 RPME no se considera que este asunto tenga carácter transfronterizo, ambas partes, demandante y demandado residen en el mismo Estado miembro (España).

La razón u origen de esta definición de asunto transfronterizo fue consecuencia de otra de las cesiones que tuvo que hacer la Comisión para que el proyecto sobre el PME pudiera seguir adelante. Como bien señala S. GARCÍA CANO, la Comisión defendió hasta el final que el PME se pudiera utilizar tanto por demandantes domiciliados en la UE o fuera de la UE contra demandados domiciliados en Estados miembros como en terceros Estados siempre que un juez fuera competente para dictar el requerimiento europeo de pago en atención a los foros del Reglamento Bruselas I bis¹¹⁹. Así, la propuesta de la Comisión era la siguiente: “*se entenderá por asunto transfronterizo aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado*”. Sin embargo, el Parlamento Europeo rechazó esa definición y precisó que debía incorporarse el término “miembro” junto a las palabras “Estado distinto”, recogiendo la versión final del art. 3.1 “Estado miembro distinto”. El objetivo era evitar que el PME pudiera ser utilizado para reclamar créditos por demandantes domiciliados fuera de la UE o contra demandados domiciliados en terceros Estados¹²⁰.

En relación a la jurisprudencia del TJUE sobre este art. 3 se puede observar como se ha venido considerando que asunto transfronterizo en atención al RPME es aquel en el que la parte demandante tiene su domicilio en un Estado miembro distinto del Estado del foro¹²¹. Por lo tanto, va a haber deudas que no se van a poder reclamar mediante el PME debido a que el asunto no se considera transfronterizo a pesar de que los elementos extranjeros son más que evidentes.

Ejemplo práctico: La empresa ABEC Distribuciones se dedica a la compra de alimentos *gourmet* por todo el mundo con el fin de venderlos en el mercado español, portugués y latinoamericano. Esta empresa tiene su sede en Madrid y lleva entablando relaciones comerciales con la empresa BAC con sede en Lisboa desde hace muchos años. La empresa BAC es un buen cliente de ABEC, sin embargo, está atravesando importantes problemas de liquidez y le debe a la empresa española 15.000 euros. ABEC se plantea diferentes opciones para reclamar esta deuda y una de ellas es acudir ante tribunales portugueses y reclamar mediante un proceso monitorio europeo. **Solución:** El proceso monitorio europeo podría ser una opción para reclamar el crédito que debe la empresa lusa a ABEC. Es importante tener presente que el crédito debe ser no controvertido, en materia civil y mercantil y el asunto debe ser transfronterizo. Es decir, al menos una de las partes no puede tener su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado que el del foro. En este caso sería posible considerar el asunto transfronterizo tanto en el supuesto de que ABEC se decidiera a demandar en Portugal como en España. Tanto en uno como en otro escenario al menos una de las partes tendría su domicilio en un Estado miembro diferente al del tribunal que conoce del asunto.

42. Por último, el art. 3.2 PME señala que para definir el concepto de domicilio de las partes se debe atender a los arts. 62 y 63 Reglamento Bruselas I bis. En el caso de las personas físicas, el concepto de domicilio es uniforme y se recoge en el art. 63 del Reglamento Bruselas I bis. Una persona está domiciliada en un Estado miembro cuando tiene su sede estatutaria, o su administración central o realiza sus actividades principales en un Estado miembro. Sin embargo, en el caso de las personas jurídica es diferente. No existe un concepto europeo ni de domicilio ni de residencia habitual en el Reglamento

¹¹⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 83.

¹²⁰ Recomendación para la segunda lectura relativa a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo (7535/3/2006 – C6-0227/2006 – 2004/0055(COD)), 5 de octubre de 2006, enmienda nº 1, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2006-0316_ES.html?redirect (consultado el 7 de marzo de 2022).

¹²¹ *Vid.* STJUE 3 junio 2021, C- 280/20, *ZN contra Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria*, ECLI:EU:C:2021:443, apartado 33; STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking e Interplastics*, EU:C:2020:351 apartado 34; STJUE 19 de diciembre de 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, EU:C:2019:1118, apartado 35.

Bruselas I *bis* ni tampoco en cualquier otro Reglamento europeo en materia de familia o comercial. En relación a los casos que nos ocupan y respecto de las personas físicas, el art. 62 del citado Reglamento Bruselas I *bis* precisa que se debe acudir al Derecho nacional del tribunal que conoce del asunto para determinar el domicilio o la residencia habitual. En el caso del ordenamiento jurídico español, es necesario acudir al art. 40 del Código Civil, el cual estudiaremos posteriormente cuando analicemos el foro del domicilio del demandado.

Por lo tanto, el acreedor cuando cumplimente el formulario debe ser lo más preciso que pueda a la hora de señalar el domicilio del demandado, ya que en base a esta información el órgano jurisdiccional determina si el asunto es transfronterizo¹²². El tribunal simplemente comprueba que una de las partes esté domiciliado en un Estado miembro distinto al del Estado del foro. El momento para valorar si el asunto es transfronterizo lo precisa el art. 3.3 RPME, la clave es que exista ese domicilio diferente de una de las partes en el momento de presentar la petición de requerimiento europeo de pago.

VI. La relación del RPME con otros instrumentos europeos

1. Introducción

43. El RPME no es el único instrumento europeo que existe en la actualidad para reclamar créditos transfronterizos. Los dos reglamentos que menciona expresamente el RPME son el Reglamento 44/2001¹²³ (actual Reglamento 1215/2012, conocido y citado en este trabajo como Reglamento Bruselas I *bis*) y el Reglamento 1348/2000¹²⁴, el cual fue sustituido por el Reglamento 1393/2007¹²⁵ el cual va a ser sustituido a partir del 1 de julio de 2022 por el *Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»)* (versión refundida)¹²⁶.

2. El RPME y el Reglamento Bruselas I bis

44. Las referencias del RPME al Reglamento 44/2001 (actual Bruselas I *bis*) son en su art. 3, en su art. 6 y en el art. 31. Dichas referencias se recogen en artículos aislados y no regulan de forma exhaustiva la relación que existen entre ambos Reglamentos¹²⁷.

Como ya se ha señalado, el Reglamento Bruselas I *bis* es un instrumento europeo que tiene un objetivo doble¹²⁸. Por un lado, la determinación de la competencia judicial internacional en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil¹²⁹. Por el otro, el establecimiento de reglas para que las reso-

¹²² Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento relativo al proceso monitorio europeo, p. 12, disponible en https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287--maximize-es.do (consultado el 7 de marzo de 2022).

¹²³ *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 2021).

¹²⁴ *Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil* (DOCE núm. 160, de 30 de junio de 2000).

¹²⁵ *Reglamento (CE) n° 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) n° 1348/2000 del Consejo (DOUE núm. 324, de 10 diciembre de 2007).

¹²⁶ DOUE L 405/40, de 2 de diciembre de 2020.

¹²⁷ *Vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 106.

¹²⁸ *Ad ex.*, sobre los objetivos y finalidades del Reglamento Bruselas I *bis*, *vid.*, U. MAGNUS, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 10 y ss.

¹²⁹ Informe Jenard al Convenio de Bruselas de 1968, p. 10, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/e69d7939-d016-4346-9651-963a63f53381/language-en> (consultado el 6 de junio de 2022).

luciones de los Estados miembros puedan circular libremente en el EEE¹³⁰. Los dos aspectos (determinación del domicilio y determinación de la competencia judicial internacional tienen) que señala el RPME en su articulado en relación al Reglamento Bruselas I *bis* tienen que ver con ese primer objetivo que señalábamos de determinar la competencia judicial internacional. Así, se puede decir que la relación que existe entre ambos instrumentos respecto a ese particular es de complementariedad, pudiendo afirmar que la relación entre ambos Reglamentos no es problemática. El Reglamento Bruselas I *bis* brinda sus normas al operador jurídico para que complemente la aplicación del RPME en materia de competencia judicial internacional.

En relación al reconocimiento y ejecución de resoluciones, la relación que guarda el RPME con el Reglamento Bruselas I *bis* es diferente. En este caso, las normas del Reglamento Bruselas I *bis* son alternativas¹³¹. Es decir, el acreedor puede decidir optar por las mismas para hacer valer su requerimiento europeo de pago en un Estado miembro diferente a donde se dictó el mismo. No hay que olvidar que el acreedor siempre tiene la opción de reclamar su crédito acudiendo a un proceso que no sea monitorio y teniendo presente el Reglamento Bruselas I *bis* como norma para determinar la competencia judicial internacional.

Ejemplo práctico: La empresa *Recicly* es una empresa francesa con sede en Marsella y en diferentes países europeos como Italia y Holanda. Esta empresa se dedica a reciclar plástico y convertirlo en ropa. Uno de los mayores clientes de la empresa francesa es Chic, una empresa con sede en Madrid. La empresa española ha adquirido más de 50 prendas para la próxima temporada y no ha abonado su importe. El total de la deuda asciende a 7.000 euros. *Recicly* se plantea cómo reclamar dicha deuda. **Solución:** La empresa francesa tiene la opción de acudir a los tribunales españoles instando un proceso monitorio europeo siempre que se trate de un crédito pecuniario, vencido, exigible y determinado. Sin embargo, ésta no es la única opción. También podría acudir a un proceso ordinario ante tribunales españoles. Para que los tribunales españoles ostenten competencia judicial internacional para conocer del litigio habrá que atender al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* y a sus foros de competencia judicial internacional.

3. El RPME y el Reglamento sobre notificaciones

45. La notificación al deudor, la cual es una parte de la asistencia judicial internacional, es un aspecto importante en la litigación transfronteriza¹³². En el PME como es lógico no lo es menos. Especialmente guarda importancia debido al modo en el que se configura el PME, ya que, como estudiaremos, la notificación impacta de lleno en los derechos de defensa del deudor. La realidad es que en un proceso monitorio, ya sea nacional o europeo, el deudor que no conoce el proceso en su contra se encuentra con la situación de que no sólo puede tener una resolución desfavorable a sus intereses, sino también un título ejecutivo. Además, en el PME, ese título ejecutivo podría desplegar efectos en todos los Estados europeos con excepción de Dinamarca. Por lo tanto, guarda bastante importancia el modo en el que se articula la notificación en el PME.

A pesar de su trascendencia, la notificación no es un aspecto que se haya regulado de forma uniforme en el Reglamento. Muy al contrario se recogen unas normas mínimas, copiadas del Reglamento sobre título ejecutivo europeo, pero nada más¹³³. De este modo, sin prácticamente regular nada al respecto sobre la notificación, la misma se regirá por la *Lex fori* (art. 12.5). Entonces, cabe preguntarse por qué o cómo entra en escena el Reglamento europeo 1393/2007 o su predecesor el Reglamento 2020/1784. Su aplicación es debido a que estas normas de origen europeo resultan de aplicación de

¹³⁰ STJUE 4 mayo 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland BV*, ECLI:EU:C:2010:243, apartado 49.

¹³¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 109.

¹³² *Vid.*, al respecto, A. YBARRA BORES, "El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial", *CDT*, vol. 5, nº 2, pp. 481-500, en particular, p. 482.

¹³³ Advierte sobre ello S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 114-115. *Vid.* también, L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 108.

forma directa (principio de primacía del Derecho de europeo) cuando la notificación debe realizarse por un Estado parte del RPME a un demandado domiciliado en otro Estado miembro. Por lo tanto, si el demandado es un deudor domiciliado en un tercer Estado, no se aplicará el Reglamento europeo de notificaciones sino que se aplicará un Convenio internacional bilateral o multilateral si es que existe o resulta aplicable al caso¹³⁴ o si no la *lex fori*, la cual no es otra que la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*¹³⁵ (en adelante, LCJIMC). Tampoco se aplicará el Reglamento europeo de notificaciones cuando haya que notificar al demandado en el mismo Estado del foro. De este modo, la relación entre el RPME y el Reglamento 1393/2007/Reglamento 2020/1784 es complementaria, el Reglamento de notificaciones regularía todo lo que no estable el RPME sobre la notificación (art. 27 RPME).

Así, un juez español que deba notificar a un demandado en un PME deberá tener presente esa doble valencia, si el deudor tiene su domicilio en un Estado miembro deberá aplicar el Reglamento 2020/1784, en el caso de que esté domiciliado en un tercer Estado estudiar la posible aplicación del Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965. Pero cuidado, el Reglamento 2020/1784 al igual que sucedía con su predecesor no se puede aplicar cuando el demandado no tiene un domicilio conocido. Es necesario saber en qué Estado miembro estaría domiciliado el deudor. Una diferencia entre el Reglamento 1393/2007 y el Reglamento 2020/1784 es que este último contempla dar asistencia para la determinación del domicilio del demandado. Esto es un aspecto nuevo en relación al Reglamento 1393/2007¹³⁶. De este modo, si no se conoce el domicilio, el órgano jurisdiccional debe proporcionar asistencia para que se pueda averiguar mediante algunas de las vías que se recogen en el art. 7 Reglamento 2020/1784¹³⁷. Estas opciones que señala el art. 7 son alternativas, debiendo los Estados miembros implementar al menos una de ellas.

Otro aspecto que debe tenerse presente y que el TJUE ha señalado es que aunque el domicilio del demandado sea desconocido el juez puede dictar una resolución¹³⁸, ya que éste podría valerse de los medios de notificación de su *lex fori*, siempre que el órgano jurisdiccional haya podido comprobar que se han llevado a cabo todas las gestiones necesarias para averiguar el domicilio del demandado. Sin embargo, en el marco del PME no todas las vías de notificación son posibles como posteriormente veremos, el juez debe notificar en atención a su *lex fori* pero siguiendo alguna de las vías de notificación que se recoge en los arts. 13 a 15 RPME. En consecuencia, una notificación mediante edictos aunque se permita en el Derecho procesal del foro incluso aplicando el Reglamento europeo de notificaciones no sería posible debido a que no es una de las vías de notificación previstas en el Reglamento sobre proceso monitorio europeo.

Ejemplo práctico: La señora Santoro, nacional italiana con residencia en Verona, ha interpuesto un REP ante tribunales españoles contra un deudor domiciliado en Portugal. El juez español considera que los únicos preceptos aplicables para llevar a cabo la notificación del deudor son los arts. 13 a 15 del RPME, ya que ésta es la norma aplicable al proceso monitorio europeo. **Solución:** El juez español lleva razón en parte, se debe notificar conforme a alguna de las formas previstas en los arts. 13 a 15 pero dichas vías de notificación se desarrollan conforme a la *lex fori*. En el caso del ordenamiento jurídico español, el juez seguirá el Reglamento europeo 2020/1784 cuando la notificación sea a un deudor

¹³⁴ Como Convenio multilateral en materia de notificaciones ampliamente ratificado y en vigor en numerosos países podemos destacar el *Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial* (BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1987).

¹³⁵ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

¹³⁶ Sobre los nuevos aspectos que incorpora el Reglamento 2020/1784 respecto de su antecesor el Reglamento 1393/2007.

¹³⁷ Las opciones que señala el art. 7 serían: 1) La designación de autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento; 2) La posibilidad de que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, incluso por vía electrónica, sobre direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento, bien directamente a registros con información domiciliaria, bien a otras bases de datos de consulta pública mediante un formulario normalizado disponible en el Portal Europeo de e-Justicia, 3) Dar información detallada a través del Portal Europeo de e-Justicia, sobre cómo encontrar las direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento.

¹³⁸ STJUE15 marzo 2012, C292/10 *G y Cornelius de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142, apartado 59.

domiciliado en otro Estado miembro. Este Reglamento europeo de notificaciones no se aplica en todo caso, sólo cuando su ámbito de aplicación concurra. Así, si el deudor estuviera domiciliado en un tercer Estado o su domicilio fuera desconocido no se podría aplicar el Reglamento 2020/1784. El juez debería notificar conforme algunas de las formas previstas en el RPME pero bien en atención a un Convenio internacional aplicable *in casu* o en su defecto aplicando los arts. 20 a 28 LCJIMC y siempre teniendo presentes también las normas del Estado al que se dirige la notificación.

VII. El tribunal competente en el proceso monitorio europeo

1. Introducción

46. El art. 6 RPME regula la determinación del tribunal competente para dictar un requerimiento europeo de pago¹³⁹. En el momento de la elaboración del PME, el legislador europeo dudó sobre cómo debería regularse la determinación de la competencia judicial internacional en el Reglamento. Así, en aquel entonces se plantearon dos posibles escenarios¹⁴⁰:

- 1) La determinación de la competencia judicial internacional mediante unas reglas especiales y propias incluidas en el proceso monitorio europeo.
- 2) La determinación de la competencia judicial internacional en atención a las reglas de competencia establecidas en el Reglamento Bruselas I (vigente en aquel entonces).

Las dos opciones planteaban sus ventajas e inconvenientes. Por ejemplo, la primera opción planteaba la ventaja de la seguridad jurídica y de la claridad si se optaba por establecer la competencia judicial internacional mediante un foro concreto como el del domicilio del demandado¹⁴¹. Sin embargo, en contraposición, esta opción planteaba aspectos negativos como que el demandante no podría demandar en su propio domicilio y el riesgo de que al oponerse el deudor al requerimiento europeo de pago, el litigio principal se tuviera que dirimir ante tribunales de otro Estado miembro¹⁴². Implicando este cambio de país para el acreedor una situación inesperada y gravosa. También esta opción dificulta el tratamiento informatizado del proceso debido a que es necesario un control judicial, lo cual resta agilidad al PME¹⁴³.

En relación a la segunda opción, que fuera el Reglamento Bruselas I¹⁴⁴ el que determinara el tribunal competente en atención a sus foros de competencia judicial internacional, implicaba la dificultad de falta de precisión e incerteza jurídica. Esto sería debido a que el interesado en solicitar un PME no sabría determinar el juez competente *a priori* y necesitaría acudir a otro instrumento judicial internacional (al Reglamento Bruselas I) para llevarlo a cabo. La ventaja que planteaba este escenario era que los riesgos que existían de cambiar de país de litigación si el demandado se oponía desaparecerían¹⁴⁵, pudiendo, por tanto, aplicarse el sistema de foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I muy testado en la práctica judicial europea.

¹³⁹ En la doctrina *vid.*, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas...*, pp. 174-176; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, pp. 80-82; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, pp. 71-76; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo...*, pp. 74-76.

¹⁴⁰ Libro verde sobre el PME y el PEEC, p. 23.

¹⁴¹ Siguiendo el Derecho interno donde en la mayoría de los procesos monitorios europeos se establece la competencia territorial a favor del tribunal del domicilio del demandado.

¹⁴² Libro verde sobre el PME y el PEEC, p. 23.

¹⁴³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 75.

¹⁴⁴ Hoy Reglamento Bruselas I bis y aplicable las interpretaciones realizadas por el TJUE en relación al Reglamento Bruselas I bis, así lo afirma el TJUE en una de sus últimas resoluciones sobre el Reglamento Bruselas I bis, STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN contra Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria*, apartado 24.

¹⁴⁵ *Vid.* sobre los aspectos positivos de acudir al sistema del Reglamento Bruselas I para determinar la competencia judicial internacional B. MORA CAPITÁN, "El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre", *Revista General de Derecho Europeo*, 2007, p. 20.

47. Finalmente, el legislador europeo siguiendo su línea prudente y comedida en la elaboración del PME, se decantó por la opción menos arriesgada. En otras palabras, el escenario elegido fue el de la regulación de la competencia judicial internacional en el PME mediante la remisión al Reglamento Bruselas I (actualmente, Reglamento Bruselas I *bis*). El art. 6 RPME es el precepto que establece los aspectos relativos a la competencia judicial internacional.

2. La determinación del tribunal internacionalmente competente para dictar un requerimiento europeo de pago

A) El art. 6.1 RPME: los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis

48. El art. 6.1 recoge textualmente que:

“A efectos de la aplicación del presente Reglamento, la competencia judicial se determinará con arreglo a las normas de Derecho comunitario aplicables en la materia, en particular el Reglamento (CE) no 44/2001”.

Una cuestión que ya se ha planteado la doctrina con anterioridad¹⁴⁶ es si el art. 6.1 remite de forma exclusiva a los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I *bis* o esa remisión también debe entenderse a los foros de la normativa interna de Derecho internacional privado. En el caso del ordenamiento español, al art. 22 de la LOPJ¹⁴⁷. Desde nuestro punto de vista, analizando la posición del legislador europeo a la hora de elaborar el texto si hubiera querido hacer esa remisión a los foros internos lo podría haber hecho y no lo hizo. De este modo, entendemos en atención a los trabajos preparatorios que la falta a esa remisión no fue un olvido¹⁴⁸. De hecho, dichos trabajos preparatorios sobre el RPME ponen en tela de juicio que un instrumento europeo determine la atribución interna de la competencia de los Estados miembros¹⁴⁹. La opción final por la que se optó perseguía que las partes envueltas en este tipo de procesos tuvieran a su disposición unos foros europeos lo más previsibles posibles teniendo siempre como contexto que su asunto cayera dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*.

B) Aspectos claves a tener presente sobre los foros del Reglamento Bruselas I bis

49. Una vez dentro del sistema de foros del Reglamento Bruselas I *bis*, el demandante debería tener presente cómo funciona dicho sistema en el citado Reglamento europeo. Sin ánimo de ser exhaustivos sobre este particular debido a que el Reglamento Bruselas I *bis* no es objeto de nuestro estudio se podrían destacar a grandes rasgos cuatro aspectos a tener en cuenta¹⁵⁰:

- 1) Los foros del Reglamento Bruselas I *bis* prevalecen sobre las normas nacionales.
- 2) La interpretación del Reglamento Bruselas I *bis* debe ser uniforme, en atención a sus propios objetivos y el único tribunal que vincula al resto sobre las interpretaciones que realiza en relación al Reglamento Bruselas I *bis* es el TJUE (art. 267 TFUE). La técnica más seguida

¹⁴⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 122-124.

¹⁴⁷ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹⁴⁸ Libro Verde sobre el PME y el PEEC, pp. 24-25

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵⁰ Sobre el sistema de foros del Reglamento Bruselas I *bis* sin carácter exhaustivo en la doctrina española *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo ii, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1110-1127; M. GUZMÁN ZAPATER (Dir), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 85-90; C. ES-PLUGUES MOTA/ G. PALAO MORENO/J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 123-151.

por el TJUE a la hora de interpretar el Reglamento Bruselas I bis ha sido la <<interpretación autónoma>>. Los conceptos del Reglamento se definen de forma propia y sin atender al Derecho nacional de los Estados miembros¹⁵¹.

- 3) El sistema de foros del Reglamento Bruselas I bis contiene una pluralidad de foros de competencia judicial internacional que se ordenan de forma jerárquica¹⁵². Unos foros prevalecerían sobre otros. De este modo, como si se tratara de una pirámide, en la cúspide se encontrarían los foros exclusivos (art. 24). En un segundo lugar, el foro de sumisión tácita (art. 26). En tercer lugar, el foro de sumisión expresa (art.25). En cuarto lugar, en la base de la pirámide, el foro del domicilio del demandado (art.4), y al mismo nivel de jerarquía, con carácter alternativo, los foros especiales por razón de la materia (arts. 7 a 23). No obstante, a pesar de la existencia de esta pluralidad de foros hay que tener en cuenta que el sistema de competencia judicial internacional de este Reglamento se basa en dos principios generales¹⁵³: 1) Las partes deben poder pactar la competencia a favor del tribunal del país donde quieren litigar; 2) Las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.
- 4) Todos los foros del Reglamento Bruselas I bis determinan la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros. Sin embargo, hay algunos como los foros de sumisión expresa (art. 25) o tácita (art. 26) y los foros especiales por razón de la materia (arts. 7 a 23) que precisan junto con la competencia judicial internacional la competencia territorial. Es decir, pueden determinar el concreto tribunal territorialmente competente. Esto es una ventaja importante porque evitar la necesidad de recurrir al Derecho procesal interno del Estado miembro donde se persiga litigar para determinar al concreto tribunal competente.

C) El foro de sumisión tácita y el RPME

50. La sumisión tácita es un foro que se recoge en el art. 26 Reglamento Bruselas I bis. Este foro opera cuando el demandante interpone una demanda ante los tribunales de un Estado miembro y el demandado contesta sin impugnar la competencia judicial¹⁵⁴. La sumisión tácita posterior prevalecería sobre un acuerdo expreso de elección de foro¹⁵⁵ (art. 25 Reglamento Bruselas I bis), resultando irrelevante el domicilio de las partes, ya se encuentre éste en un Estado miembro o en un tercer Estado. El foro de sumisión tácita está pensado para otorgar competencia a un tribunal que en principio no la ostentaba en virtud de otro foro del Reglamento Bruselas I bis¹⁵⁶.

51. De este modo, como ha señalado la doctrina¹⁵⁷, son dos los requisitos necesarios para que este foro del art. 26 pueda operar:

- 1) El demandante debe interponer una demanda ante un tribunal de un Estado miembro.

¹⁵¹ El TJUE ha recurrido a la interpretación autónoma en numerosas ocasiones, *ad ex.* STJUE 28 abril 2009, C-420/07, *Apostolides*, apartado 41.

¹⁵² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho*, p. 1160.

¹⁵³ *Vid* en la jurisprudencia, STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, *Milivojevic*, ECLI:EU:C:2019:123, apartado 98; STJUE 16 noviembre 2016, C-417/15, *Schmidt*, ECLI:EU:C:2016:881, apartado 28.

¹⁵⁴ STJUE 20 mayo 2010, C-111/09, *Bilas*, ECLI:EU:C:2010:290, apartado 26. Sobre esta sentencia *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (sala cuarta) de 20 de mayo de 2010 (Bilas: asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *CDT*, vol. 2, nº 2, pp. 236-241, en particular, p. 238.

¹⁵⁵ STJCE de 24 de junio de 1981, as. 150/80, *Elefanten*, ECLI:EU:C:1981:148, apartado 11.

¹⁵⁶ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176, apartado 21. Para un comentario sobre esta sentencia *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Cláusula atributiva de competencia a favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”, *CDT*, vol.9, nº1, pp. 444-453, en concreto p. 448.

¹⁵⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p.1229.

- 2) El demandado debe contestar a dicha demanda. Pero dicha contestación no debe ser para oponerse a la competencia planteando *ad ex*. una excepción declinatoria. El demandado contesta porque quiere defenderse en cuanto al fondo en ese foro.

52. El foro de sumisión tácita podría determinar la competencia judicial internacional pero también determinar el concreto tribunal territorialmente competente. Somos conscientes de que la doctrina internacional privatista está dividida sobre este particular. Aún así, ante la ausencia de una solución por parte del legislador europeo al aprobar la versión *recast* del Reglamento Bruselas I y sin ninguna posición tajante del TJUE, podemos afirmar que la mejor opción para el demandante es que ese tribunal ante el cual se dirige en virtud del art. 26 puede determinar tanto competencia internacional como la territorial en base a una única norma. En el fondo no deja de ser una interpretación que intenta ofrecer en este aspecto la misma posibilidad que existe para las partes en virtud del art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*.

53. Una vez estudiado este foro de sumisión tácita, cabe plantearse si podría tener cabida para determinar la competencia para dictar un requerimiento europeo de pago. Desde nuestro punto de vista, el art. 26 no sería un foro posible para determinar la competencia judicial internacional¹⁵⁸. Esto es así por la propia esencia del proceso monitorio europeo, el deudor tiene conocimiento de que se le reclama la deuda una vez que el juez ya ha decidido expedir el requerimiento europeo de pago. Es decir, en el proceso monitorio europeo el demandado no sabe que se le reclama la deuda hasta prácticamente el final del proceso, una vez que el juez ya ha decidido dictar el REP. Además, hay que tener presente que cuando el demandado se opone al requerimiento europeo de pago, el PME acaba y se inicia un proceso civil ordinario donde se deberá determinar la competencia judicial internacional de nuevo para ese proceso que se inicia.

54. El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse no exactamente sobre este particular, pero sí sobre un tema muy relacionado con la sumisión tácita del RBI-bis y el PME¹⁵⁹. El problema se suscitaba debido a que un acreedor de una deuda derivada de un contrato de prestación de servicios solicitó un requerimiento europeo de pago ante tribunales austriacos. Éstos se declaran competentes para dictarlo y lo acabaron haciendo. Sin embargo, una vez se dicta y se notifica al demandado, éste se opone al REP. Esa oposición del deudor pone fin al PME y es un juez mediante un procedimiento ordinario el que debe dirimir si el deudor debe pagar o no esa deuda que se le reclama. La cuestión es que para dirimir esa cuestión de fondo debe conocer otro tribunal austriaco, pero el deudor impugnó la competencia de ese juez austriaco para que resolviera debido a que su juicio la competencia era a favor de tribunales italianos, en base al art. 4 Reglamento Bruselas I *bis*, país de su domicilio. El acreedor argumenta que los tribunales austriacos sí tenían competencia judicial internacional para conocer sobre esta reclamación de deuda debido a que el demandado no impugnó la competencia judicial internacional del tribunal austriaco cuando se opuso al REP.

El TJUE consideró que ese razonamiento del acreedor austriaco no era posible. El hecho de que un deudor se oponga a un REP y no cuestione en ese mismo escrito de oposición la competencia judicial internacional de ese tribunal no significa que exista sumisión tácita en atención al art. 26 Reglamento Bruselas I *bis*¹⁶⁰. Esto es así porque los efectos que produce para ese demandado ese escrito de oposición son los que se precisan en el art. 17 RPME¹⁶¹. Es decir, la oposición del deudor implican fin al PME. En ese momento se vuelve a empezar, pero en un proceso ordinario, salvo que el demandante se niegue expresamente. El PME y el proceso ordinario son dos procedimientos diferentes¹⁶². Si lo que sucede en el PME tuviera efectos también en relación a otro procedimiento, los efectos del art. 17 RPME se extenderían más allá de lo que recoge en la propia norma, generando una importante inseguridad jurídica para las partes, especialmente para los deudores.

¹⁵⁸ En la misma opinión, *vid.* L. DOMÍNGUEZ RUIZ, Reclamación de deudas..., p.175; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 171; L. GÓMEZ AMIGO, El proceso monitorio..., p. 87; N. MARCHAL ESCALONA, "Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo", *La Ley Unión Europea*, nº 2 marzo 2013, pp. 1-17, en concreto, p. 7.

¹⁵⁹ STJUE 13 de junio 2013, C-144/12, *Goldbet Sportwetten*, ECLI:EU:C:2013:393.

¹⁶⁰ *Ibidem*, apartados 38 y 43.

¹⁶¹ STJUE 13 de junio 2013, C-144/12, *Goldbet Sportwetten*, ECLI:EU:C:2013:393, apartado 31.

¹⁶² *Ibidem*, apartado 39.

D) Art. 6.2 RPME

55. El art. 6.2 RPME precisa lo siguiente:

“No obstante, si el crédito se refiere a un contrato celebrado por una persona, el consumidor, para un fin que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y si el demandado es el consumidor, únicamente serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual esté domiciliado el demandado, según la definición del artículo 59 del Reglamento (CE) no 44/2001”.

Por lo tanto, en el caso de deudas derivadas de contratos celebrados por consumidores donde los demandados son los consumidores el único foro que otorgaría competencia a los jueces de los Estados miembros para emitir un requerimiento europeo de pago es del domicilio del deudor en atención a este art. 6.2 RPME¹⁶³. Este foro es una norma especial en materia de competencia judicial internacional que desplaza a los foros previstos en materia de consumidores en el Reglamento Bruselas I *bis* (arts. 17 a 19). Además, va en la línea del art. 6.1 letra d) RTEE donde se precisa que una sentencia de condena contra un consumidor podrá ser certificada como TEE cuando se haya dictado por el órgano jurisdiccional del Estado del domicilio del deudor. El objetivo que persigue tanto el RPME como el RTEE es proteger al deudor-consumidor pudiéndole facilitar su defensa en los tribunales de su propio domicilio.

56. Sobre este particular hay dos aspectos a tener en cuenta: el concepto de consumidor y el tipo de contrato¹⁶⁴. Estos conceptos han sido desarrollados por normativa europea presentando impacto tanto a nivel sustantivo como conflictual. Así, los conceptos en esta materia que se siguen en el RPME son los mismos que se han desarrollado en el Reglamento Bruselas I *bis* en relación a sus arts. 17 y 18. De este modo, a la hora de aplicar el art. 6.2 RPME se debe entender por consumidor toda persona física que adquiere bienes o servicios para un uso ajeno a su actividad profesional¹⁶⁵. Además, resulta irrelevante el tipo de contrato que se celebre (quedando únicamente excluidos los contratos de transporte¹⁶⁶), lo importante es que se trate de un contrato que no se ha celebrado por dicho consumidor en el ámbito de una actividad profesional. El término consumidor debe interpretarse de forma restrictiva analizando la posición de una persona en un contrato determinado teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de dicho contrato siendo irrelevante la situación subjetiva de esa persona, ya que una persona puede resultar ser consumidor en determinadas operaciones y operador económico en otras¹⁶⁷. Así, resulta irrelevante los conocimientos o especialización que ese consumidor pudiera tener en ese sector, ya que si de ello dependiera su protección, se le estaría privando de los derechos que ostenta como consumidor¹⁶⁸.

¹⁶³ Sobre este foro en la jurisprudencia española, *vid ad ex.* el AAP de Huelva 27 abril 2017, nº 132/2017, ECLI:ES:APH:2017:181A, FJ 3. En este asunto el demandado interpone un PME en España para reclamar un deuda en atención al foro especial del art. 7.1.b Reglamento Bruselas I-bis, en relación a un contrato de prestación de servicios. En particular, la deuda se derivaba del traslado de un cadáver de España a Rumanía y la funeraria reclamaba el pago de la diferencia del gasto en el transporte aéreo en relación con lo presupuestado. La AP tiene muy claro que la norma a aplicar para determinar la competencia judicial internacional no es el art. 813 LEC sino el art. 6 RPME. Sin embargo, en este caso en concreto, el demandado era un consumidor, por lo que el acreedor no había tenido presente como bien le recuerda la AP que en ese caso el precepto aplicable es el art. 6.2 y el tribunal competente para emitir un requerimiento europeo de pago es el del domicilio de deudor exclusivamente. *Vid* también, AAP Alicante 25 octubre 2018, nº 159/2018, ECLI:ES:APA:2018:496A, FD 3º, en la que se desestima el recurso de Apelación debido a que el demandado era un consumidor y tenía su domicilio en Holanda, no en España.

¹⁶⁴ Para un mayor detalle sobre este particular en la jurisprudencia del TJUE *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest trends”, *CDT*, vol. 12, nº1, pp. 86-96.

¹⁶⁵ STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, *Milivojevic*, ECLI:EU:C:2019:123, apartado 88. Para un comentario sobre esta sentencia *vid.* 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 Milivojevic vs. Raiffeisenbank St.-Jagerberg-Wolfsberg Egen”, *CDT*, Vol. 12, nº1, pp. 531-542, en particular p. 540.

¹⁶⁶ STJUE 2 mayo 2019, C-694/17, *Pillar Securitisation*, ECLI:EU:C:2019:345, apartado 42.

¹⁶⁷ STJUE 25 enero 2018, C-498/16, *Schrems*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 29. Sobre esta sentencia *vid. ad ex.* C.M. CAA-MIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de consumidor en internet: el asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, *CDT*, Vol. 11, nº1, pp. 711-721, en particular p. 717.

¹⁶⁸ STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, *Petruchová*, ECLI:EU:C:2019:825, apartado 55.

57. Una diferencia entre el RPME y el Reglamento Bruselas I *bis* es la configuración de los foros en materia de consumidores. Mientras que en el Reglamento Bruselas I *bis* cabe cierto margen a la autonomía de la voluntad siempre que se cumplan determinadas condiciones, en el RPME el foro es sólo uno y a favor del domicilio del demandado¹⁶⁹. El art. 6.2 RPME señala que para determinar el domicilio del demandado consumidor es necesario acudir al art. 59 del R. 44/2001 (actual art. 62 del Reglamento Bruselas I *bis*).

3. La problemática cuestión de dictar un REP careciendo de competencia judicial internacional

58. Una cuestión que puede plantear problemas en la práctica es qué sucede si una autoridad de un Estado miembro no aplica correctamente el art. 6.1 RPME. En otras palabras, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no ostenta competencia judicial internacional para dictar un REP y aún así acaba dictándolo. Para añadir más dificultad, en ese escenario, el demandado se opone al requerimiento europeo de pago, y en atención al art. 17 PME, un tribunal de ese Estado de origen, es el que debería conocer sobre el problema de fondo. Sin embargo, ese tribunal tampoco ostentaría competencia judicial internacional para conocer del asunto.

59. Sobre este particular tuvo que resolver el TJUE en su sentencia de 10 de marzo de 2016¹⁷⁰. El TJUE consideró que en atención al art. 26 RPME las normas nacionales (en este caso de Hungría) debían permitir al tribunal verificar si ostentaba o no competencia judicial internacional en atención a las normas europeas de Derecho internacional privado (en aquel entonces el Reglamento Bruselas I)¹⁷¹. Para la determinación de esa competencia, el juez del Estado de origen debe poder examinar toda la información de la que dispone no sólo teniendo presente la información que proporcionó el demandante en la solicitud del requerimiento europeo de pago¹⁷² sino también toda la información que necesite para ello, como son las alegaciones de las partes¹⁷³. Hay que tener en cuenta que si se dicta un REP sin competencia judicial internacional va a poder circular entre Estados miembros y ser ejecutivo debido a que el juez del Estado de ejecución no puede controlar el fondo al momento de ejecutarlo. Volviendo a la solución del TJUE en el asunto *Flight Refund*, una vez el tribunal nacional ha verificado esa competencia judicial internacional pueden tener lugar dos escenarios:

- 1) *El tribunal ostenta competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto.* En relación a este primer escenario el TJUE considera que el hecho de que no se pueda designar a un concreto tribunal territorialmente competente no es motivo para que no se pueda acabar conociendo del asunto y ofreciendo una solución¹⁷⁴. Esto haría en la práctica inaplicable el art. 17 RPME. De este modo, el TJUE precisa que la obligación del tribunal nacional en este caso es en atención a su Derecho determinar el concreto tribunal territorialmente competente¹⁷⁵. Esto lo tendría que haber hecho el Estado húngaro y habérselo comunicado a la Comisión en atención al art. 29 PME, pero no cumplió con su obligación.
- 2) *El tribunal no ostenta competencia judicial internacional.* En ese caso el tribunal del Estado de origen no está obligado a revisar de oficio dicho requerimiento de pago y debe declararse de oficio incompetente. El TJUE considera que no se puede aplicar en este escenario por analogía

¹⁶⁹ B. KRESSE, “Das Europäisches Mahverfahren”, *Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht*, nº 12, 2008, p. 511.

¹⁷⁰ STJUE 10 de marzo 2016, C-94/14, *Flight Refund*, ECLI:EU:C:2016:148. Sobre esta sentencia *vid.* A.I. BLANCO GARCÍA, “Las dificultades prácticas de la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 615-622; N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo: ¿una misión imposible?”, *La Ley Unión Europea*, nº 38, 2016.

¹⁷¹ STJUE 10 de marzo 2016, C-94/14, *Flight Refund*, ECLI:EU:C:2016:148, apartado 57.

¹⁷² *Ibidem*, apartado 61.

¹⁷³ *Idem*, apartados 63 y 64. La doctrina ha señalado que esta es la solución que ofrece el TJUE ante el problema planteado es una decisión excepcional *vid.* A.I. BLANCO GARCÍA, “Las dificultades prácticas...”, p. 621.

¹⁷⁴ STJUE 10 de marzo 2016, C-94/14, *Flight Refund*, ECLI:EU:C:2016:148, apartados 66 y 68.

¹⁷⁵ *Ibidem*, apartado 66.

el art. 20 RPME. Esto es así porque el citado precepto opera sólo cuando el demandado no ha presentado escrito de oposición en ese plazo de 30 días y además concurren una serie de circunstancias excepcionales. Ese supuesto no es el que tuvo lugar en el caso objeto de análisis.

60. De este modo, a la cuestión que planteábamos de si un órgano jurisdiccional había aplicado de forma errónea el art. 6.1 RPME y se había declarado competente para dictar el requerimiento europeo de pago cuando no ostentaba competencia, señalar que el juez del Estado de origen que valora si puede conocer del proceso ordinario tiene la obligación de aplicar su Derecho nacional y determinar si en atención al Reglamento Bruselas I *bis* ostenta competencia judicial internacional a pesar de que el REP se dictó por un tribunal incompetente. Esto es así porque en atención al art. 17 RPME la oposición del deudor al REP implica que un tribunal en el Estado de origen se deba iniciar un procedimiento sobre el fondo del asunto. En realidad, de esta sentencia de 10 de marzo de 2016 se puede extraer la conclusión de que, aunque podemos llegar a compartir hasta cierto punto las críticas que realiza la doctrina sobre la resolución¹⁷⁶, aporta un poco más de luz en la aplicación del PME. Los hechos del caso eran realmente peculiares y los problemas jurídicos que se le planteaba al TJUE eran de una complejidad considerable, prueba de ello es que las Conclusiones de la Abogada General sobre el caso aportan poco para resolver el asunto. Y en nuestra modesta opinión es debido a que era un asunto bastante difícil. Aún así, el TJUE resuelve con una interpretación coordinada y jurídicamente coherente, donde deja claro que Reglamento Bruselas I *bis* y el RPME tienen una relación muy estrecha y que la interpretación de ambos Reglamentos, o se hace de forma conjunta y de modo coherente, o el efecto útil del RPME se pierde por completo.

4. La competencia objetiva y la competencia territorial en el proceso monitorio europeo

A) Aproximación inicial

61. El art. 29.1 RPME señala que son los Estados miembros los que deben informar a la Comisión sobre los órganos jurisdiccionales competentes para expedir un requerimiento europeo de pago. Esto significa que al igual que sucede en otros Reglamentos europeos, la competencia judicial interna no se unificó. Así, cada Estado miembro ha decidido qué órgano interno es competente para dictar un REP. El considerando 12 RPME establece que los Estados miembros cuando elijan a los órganos jurisdiccionales con competencia para dictar un REP deben ser conscientes de que deben garantizar el acceso a la justicia.

62. El legislador europeo estudió la posibilidad de determinar la competencia territorial de manera uniforme a favor de una autoridad concreta y que así en todos los Estados miembros se pudiera aplicar la misma regla. Sin embargo, esta idea se descartó debido a la disparidad normativa entre los Estados miembros en la determinación del tribunal con competencia territorial¹⁷⁷. Así, en países como Alemania, la autoridad competente es la del domicilio del demandante. Sin embargo, en otros como España o Francia, la opción que prevalece es la del domicilio del demandado. Aún así, no son las únicas opciones en los procesos monitorios nacionales de los Estados miembros, en países como Italia o Luxemburgo no existen normas especiales para la determinación de la competencia, sino que el demandante del proceso monitorio debe tener en cuenta las normas de competencia generales. La opción por la que optó el legislador europeo fue tanto criticada¹⁷⁸ como alabada por la doctrina española¹⁷⁹.

63. Desde nuestro punto de vista, era la opción previsible debido a la actitud excesivamente prudente del legislador a la hora de abordar este Reglamento. Así, consideramos que aunque quizás la

¹⁷⁶ A.I. BLANCO GARCÍA, "Las dificultades prácticas...", p. 622.

¹⁷⁷ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 128.

¹⁷⁸ B.MORA CAPITÁN, "El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre", *Revista General de Derecho Europeo*, 2007, p. 20.

¹⁷⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 129.

mejor opción hubiera sido adoptar una posición unánime y determinar un concreto tribunal territorial competente en todos los Estados miembros, no fue así. Una previsión de ese tipo hubiera permitido a las partes saber en el mismo Reglamento qué concreto tribunal es competente con independencia del país donde se acudir a iniciar el PME. La realidad es que es un aspecto difícil de regular de forma unánime debido a la disparidad en las organizaciones judiciales de los Estados miembros. Además, también hay que reconocer que esa dificultad para las partes de saber el concreto tribunal competente se difumina si tenemos en cuenta la existencia del <<Atlas Judicial Europeo en materia civil>>. Instrumento de cooperación que permite al ciudadano europeo con un simple buscador web conocer el concreto tribunal con competencia para dictar un REP, teniendo el interesado simplemente que introducir el nombre del país y de la ciudad concreta que le interesa¹⁸⁰.

B) La competencia objetiva y territorial para dictar un PME

64. Los juzgados con competencia objetiva en el ordenamiento jurídico español para dictar un REP son los Juzgados de Primera Instancia. Así se establece en el art. 813.1 LEC. El hecho de que se señalen expresamente los Juzgados de Primera Instancia implica que no se puedan aplicar los arts. 45 y 47 LEC sobre el reparto de la competencia objetiva en atención a la cuantía de la demanda¹⁸¹. De este modo, no pueden dictar un REP los jueces de paz aunque la cuantía de la reclamación no supere los 90 euros.

65. En relación a la competencia territorial, el citado art. 813.1 LEC precisa que serán competentes para conocer el Juzgado de Primera instancia “*del domicilio o residencia del deudor o, si no fueran conocidos, el lugar en el que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el Tribunal*”. En el caso de que deudas relativas a comunidad de propietarios se añada una posibilidad más para el acreedor junto con el fuero del domicilio deudor o residencia también puede solicitar el requerimiento de pago ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se halle la finca (art. 813.1 LEC *in fine*).

El legislador español excluye la posibilidad de que puede existir pacto entre las partes en relación a la competencia territorial. Así, el art. 813.2 LEC establece que “*no serán de aplicación las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2ª del capítulo II del Título II del Libro I*”. El objetivo es evitar posibles abusos e indefensión de la parte más débil.

66. Un aspecto a tener en cuenta que se deriva de este art. 813.1 LEC es que al atribuirse la competencia territorial a los Juzgados de Primer Instancia del domicilio del demandado para que un juez español ostente competencia territorial el demandado debe estar domiciliado siempre en España. De este modo, el proceso monitorio europeo no podría instarse en España contra demandados domiciliados en el extranjero. Así, cabe plantearse si podría darse la situación de que en virtud de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I *bis* los tribunales españoles ostentan competencia para conocer pero en atención a la norma interna española si el demandado no está domiciliado en España carece de competencia territorial *ex art.* 813.1 LEC. No obstante, aunque esta situación podría plantearse en algún supuesto no sería muy frecuente ni tampoco tendría gran repercusión en la práctica debido a dos motivos:

- 1) Los foros del Reglamento Bruselas I *bis* pueden ser foros de competencia judicial internacional como foros territoriales que permiten determinar el concreto tribunal competente.
- 2) La normativa europea en materia de competencia judicial internacional(Reglamento Bruselas I bis) se aplica con primacía respecto a la normativa nacional (art. 813 LEC).

Por lo tanto, foros como los del art. 25 Reglamento Bruselas I *bis* y el art. 7.1 Reglamento Bruselas I *bis* en materia de contratos permiten determinar tanto competencia judicial internacional como territorial. Estos foros prevalecen a la normativa interna española y podrían determinar el concreto

¹⁸⁰ *Vid.* el buscador en https://e-justice.europa.eu/353/ES/european_payment_order (consultado el 24 de marzo de 2022).

¹⁸¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 128.

tribunal competente sin atender a lo dispuesto en el art. 813 LEC¹⁸². Así, si en atención al Reglamento Bruselas I *bis* un foro otorga competencia judicial internacional y también territorial a un órgano jurisdiccional español para dictar un REP aunque el domicilio del demandado se encuentre en el extranjero, de este modo, el órgano jurisdiccional español ostentaría competencia.

Ejemplo práctico: LUXY FASHION es una empresa con sede estatutaria en Lisboa que se dedica a la fabricación de cazadoras imitando el cuero de piel de vaca pero cuyo material en realidad es la hoja de piña. Los abrigos se producen y comercializan por LUXY en España. Esta empresa portuguesa firmó un contrato con una empresa con sede en Italia donde acordaba proveerle de todo el material y que en caso de disputa los tribunales competentes serían los de Cádiz (España). La empresa LUXY no paga los últimos pedidos y la empresa italiana decide dejar de suministrarle e intentar cobrarle las facturas pendientes que ascienden a un importe de 45.000 euros. ¿Es posible iniciar un proceso monitorio europeo contra una empresa extranjera que no tiene su domicilio en España?. **Solución:** Sí, es posible. La competencia judicial internacional de ese caso se determina mediante el art. 6.1 RPME. En atención al mismo es necesario acudir a los foros del Reglamento Bruselas I *bis* y en particular podría concurrir el foro de sumisión expresa del art. 25. En virtud de este foro, se podría determinar tanto la competencia judicial internacional como territorial. Por lo tanto, si las partes han pactado los tribunales de Cádiz, y dicha sumisión expresa es válida conforme al art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*, los tribunales competentes serían los españoles, y en particular, los de Cádiz. Esto hace que no sea necesario acudir a la legislación nacional española para determinar la competencia territorial, ya que lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I *bis* prevalecería sobre el art. 813 LEC.

VIII. La petición de requerimiento europeo de pago

1. Aproximación inicial

67. La solicitud del proceso monitorio europeo debe realizarse en atención al formulario A que se encuentra en el Anexo I RPME. El uso del formulario no se concibe como una opción para el demandante en el RMPE. Textualmente el art. 7 señala: “*la petición de requerimiento europeo de pago se presentará en el Formulario A que figura en el Anexo I*”. A pesar de que el RPME no compele de forma expresa a su uso, el objetivo del legislador es que se utilice en toda petición de REP¹⁸³. Por lo que podemos afirmar que su uso es obligatorio para el demandante. Desde nuestro punto de vista, no es un aspecto negativo debido a que facilita el proceso, no sólo al demandante, también a la administración de justicia del Estado donde se solicita.

El formulario se concibió como la mejor opción de darle uniformidad al PME en todos los Estados miembros. El demandante ahorra costes debido a que no tiene que traducir un escrito de solicitud, ya que los formularios están disponibles en todos los idiomas oficiales de la UE. Además, su uso ofrece seguridad jurídica y evita que el demandante olvide incluir determinada información que podría dar lugar a la desestimación del REP (art. 11.1 RPME). No hay que olvidar que no es necesario contar con representación letrada para presentar la solicitud. Para el juez que debe decidir sobre el REP también es más sencillo debido a que el formulario contiene la información necesaria de forma ordenada la cual le permite determinar con mayor facilidad si procede la admisión del REP.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que presenta el uso de formularios, es cierto que el uso obligatorio de los mismos podría hacer plantearse si se vulneraría la tutela judicial efectiva¹⁸⁴. Aunque defendemos el uso de los formularios, a nuestro juicio podría tener lugar esa indefensión no tanto en el caso del demandante si no del demandado. Y el legislador también debió considerarlo de tal modo por el tenor del considerando 23RPME. En el mismo se señala que el demandado podrá plantear oposición

¹⁸² *Vid.* en el mismo sentido, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 136.

¹⁸³ Libro verde sobre PME y el PEEC, pp. 28-30.

¹⁸⁴ *Vid.* al respecto, B.MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio...”, p. 14.

bien mediante el formulario o bien mediante otro tipo de escrito. Por lo tanto, se podría entender que uso de formularios es obligatorio para el demandante pero no para el demandado.

68. Por otro lado, el PME se basa en formularios no sólo como forma de ganar uniformidad en los Estados miembros. Otra razón es que el legislador inspirándose en los procesos monitorios de Austria y Alemania¹⁸⁵ consideró que era la mejor opción para poder implementar una solicitud telemática. Así mismo se puede observar en el considerando 11 RPME, donde textualmente se reconoce que el uso de formularios es la vía para un procesamiento automática de los datos¹⁸⁶. Aunque en ese momento, el legislador no obligó a que los Estados miembros implementaran de forma obligatoria la opción de petición telemática, debido a la disparidad sobre este particular entre las legislaciones nacionales¹⁸⁷. El legislador fue consciente de que el modelo de PME basado en formularios era la mejor opción para que la petición de REP se pudiera solicitar tanto en papel como *on line*. Así, actualmente se puede afirmar que el legislador no se equivocó y que en la actualidad el PME se puede solicitar electrónicamente en muchos Estados miembros¹⁸⁸, lo cual ahorra dinero y tiempo tanto a las partes como a la administración de justicia. No obstante, el demandante deberá tener presente las formalidades del Estado concreto en el que quiere solicitar el REP. Si es en papel se deberá atender a la forma concreta de remitir el formulario, ya que hay ordenamientos europeos que sólo permiten presentar la solicitud por correo o correo certificado¹⁸⁹. Del mismo modo, si se opta por la vía electrónica, el acreedor debe cerciorarse de que esta vía está disponible en el ordenamiento donde la interesa iniciar el PME (art. 7.5 RPME) y cómo se implementa en dicho Estado. Es decir, si se exige junto a la solicitud electrónica la presentación también en papel de copias del formulario como sucede en el ordenamiento jurídico español¹⁹⁰.

Aún así todavía quedan aspectos por mejorar en los formularios, *ad ex.* el hecho de que se deba todavía cumplimentar en el formulario de solicitud algunos aspectos “a mano” no deja de ser un obstáculo que ralentiza la petición¹⁹¹.

2. Idiomas del procedimiento

69. Un aspecto problemático en la litigación transfronteriza es el relativo a los idiomas. Este es un aspecto que puede parecer que no guarda importancia pero sí que la tiene. Y la misma se puede presentar en diferentes fases del proceso, desde la decisión inicial de en qué país reclamar el crédito hasta los costes que puede llegar a implicar. Uno de los aspectos que más puede potenciar o lastrar la utilización de procesos como el monitorio europeo o el proceso europeo de escasa cuantía es el lingüístico. El RMPE no señala prácticamente nada en relación a los idiomas, salvo lo mencionado en los arts. 21.1 letra b y 29.1 letra d). Así, el acreedor o deudor a los que afecte un PME deberán tener en cuenta que la solicitud u oposición la deben presentar en el idioma del país del órgano jurisdiccional al que se están dirigiendo. Esto tiene implicaciones para las partes. Para el acreedor un aumento de los costes¹⁹² en escenarios como

¹⁸⁵ El proceso monitorio se puede tramitar de forma informática en algunas ciudades alemanas como Stuttgart desde principios de los años 80 del pasado siglo. *Vid.* sobre este particular S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 146. También Libro verde sobre PME y el PEEC, pp. 28- 31.

¹⁸⁶ Considerando 11 RPME.

¹⁸⁷ En España una Ley importante sobre la aceleración de la vía telemática en la justicia fue la Ley 18/2011 de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la administración de justicia (BOE núm. 160 de 6 de julio de 2011).

¹⁸⁸ *Vid.* apartado 3.3 del informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo, Bruselas 13 octubre 2015, COM 2015 495 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0495&from=ES> (consultado el 31 de marzo de 2022).

¹⁸⁹ Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento relativo al proceso monitorio europeo, p. 17, disponible en https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287--maximize-es.do (consultado el 17 de mayo de 2022).

¹⁹⁰ AAP Murcia 13 diciembre 2021, N° ECLI:ES:APMU:2021:2329A, FD 1°.

¹⁹¹ A. PLANCHADELL GARGALLO, “Reclamación de créditos...”, p. 77.

¹⁹² S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 161.

el siguiente: acreedor que se desplaza a solicitar un REP a un país diferente al lugar donde se encuentra domiciliado o tiene su residencia habitual. Este acreedor deberá tener en cuenta las lenguas oficiales de dicho país tanto al momento de presentar la solicitud como al momento en el que se dicte una resolución. El art. 21.1 letra b señala que la traducción del REP es un requisito que podría ser necesario en el caso de se quiera ejecutar en un país diferente en el que se dicte. Desde nuestro punto de vista, dicha traducción no debería ser imperativa y en todo caso. Pero va a depender del órgano jurisdiccional al que se acuda.

En el caso del deudor, la situación no es diferente, la necesidad de traducción no sólo implica un mayor coste económico, también puede implicar indefensión cuando recibe un REP dictado en un idioma que no entiende debido a que no coincide con el del país donde tiene su domicilio o residencia habitual¹⁹³.

3. El contenido de la solicitud

A) Introducción

70. El art. 7.2 RPME establece la información que debe indicarse en la petición del requerimiento europeo de pago¹⁹⁴. Esta información y que posteriormente detallaremos es la siguiente:

- “a) los nombres y direcciones de las partes y, si procede, de sus representantes, así como del órgano jurisdiccional ante el cual se ha presentado la petición;*
- b) el importe de la deuda, incluido el principal y, en su caso, los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas;*
- c) si se reclaman intereses sobre la deuda, el tipo de interés y el periodo respecto del cual se reclaman dichos intereses, a menos que se añada de oficio un interés legal al principal en virtud del Derecho del Estado miembro de origen;*
- d) la causa de pedir, incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados;*
- e) una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda;*
- f) los criterios de competencia judicial, y*
- g) el carácter transfronterizo del asunto en el sentido del artículo 3”*

71. Una cuestión que cabe preguntarse y que el TJUE ha resuelto es si dicha información que se recoge en el citado art. 7.2 debe entenderse como exhaustiva o los Estados miembros podrían exigir criterios adicionales y distintos en atención a su Derecho nacional. Sobre este particular, el tribunal de Luxemburgo lo tuvo claro. La información que se requiere al acreedor en la petición de solicitud es exhaustiva, es decir no se le pueden pedir más aspectos de los que se señalan en el art. 7.2¹⁹⁵. De ser así, la uniformidad entre Estados miembros que se persigue con el PME se perdería, implicando los mismos costes en tiempo y de dinero que si se acudiera a un proceso monitorio nacional. El PME se concibe con el objetivo de que los ciudadanos que reclaman una deuda transfronteriza puedan recurrir a un procedimiento uniforme y prácticamente igual en todos los Estados miembros, sin necesidad de tener que conocer tantos procesos monitorios nacionales como Estados europeos hay.

B) La identificación de las partes

72. Uno de los primeros aspectos que se recoge en el formulario A sobre el que el acreedor debe proporcionar información al presentar la solicitud del REP es en relación a la identificación de las partes y a sus representantes.

¹⁹³ Sobre este particular *vid.* B. KRESSE, “Das Europaisches Mahverfahren”, *Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht*, nº12, 2008, p. 515.

¹⁹⁴ Sobre este particular en la doctrina *vid.*

¹⁹⁵ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 32.

Un aspecto que podemos plantearnos es sobre si la solicitud de REP se podría incoar frente a varios demandados. El RPME no señala nada sobre la pluralidad de partes. Aunque es cierto que el texto del RPME no hace mención expresa al respecto, el art. 7.2 recoge el término “partes” en plural y el propio formulario recoge diferentes casillas para identificar a las posibles partes. De este modo, entendemos que, aunque haya artículos como el 13 y 14 referidos a la notificación del REP donde el término demandado se recoge en singular, es totalmente posible que exista pluralidad de partes y que un mismo acreedor pueda reclamar su crédito vía PME frente a varios demandados¹⁹⁶. No obstante, alguna autora ha puesto de manifiesto que solicitar un REP contra varios demandados en la misma solicitud quizás podría dificultar más la reclamación del crédito que ayudar a cobrar el mismo¹⁹⁷. Esto podría darse cuando los deudores adoptan posiciones diferentes frente a la reclamación, unos *ad ex.* están de acuerdo con el REP y no se oponen al mismo pero otros sí¹⁹⁸.

73. Otra cuestión a tener en cuenta es que el PME se puede iniciar sin necesidad de representación de abogado o procurador. El art. 24 RPME así lo establece. El acreedor no necesitará representación letrada para presentar la solicitud de REP, ni tampoco el deudor en el caso de que plantee oposición¹⁹⁹. Sin embargo, la realidad puede ser bien diferente, ya que aunque no se exija en atención al Reglamento, para una persona sin conocimientos jurídicos puede ser complicado rellenar algunos aspectos del formulario a la hora de solicitar el REP²⁰⁰. Entre los aspectos más complejos podrían estar la determinación del tribunal competente. El acreedor lego en Derecho debería determinar el tribunal con competencia judicial internacional en base a las normas estudiadas del Reglamento Bruselas I *bis*.

74. Otro aspecto que se ha planteado en la práctica es la cuestión de la representación de las sociedades. Como hemos señalado, no es necesario contar con representación letrada pero un acreedor puede actuar en el PME con un representante. Así, cabe preguntarse si un representante voluntario de una sociedad estaría facultado para presentar la solicitud del PME. Sobre este particular hay jurisprudencia dispar, negando tal posibilidad, pero en atención a la doctrina²⁰¹ y también a resoluciones de determinadas Audiencias Provinciales²⁰², se podría afirmar que sí. Un apoderado voluntario ejerciendo el mandato que se le ha encomendado podría iniciar un proceso monitorio europeo en representación de una sociedad que ostenta un crédito y quiere reclamarlo por esta vía. No siendo necesario para presentar la solicitud de REP que la sociedad deba actuar siempre y en todo caso con abogado y procurador o mediante el representante legal de la sociedad.

C) El importe de la deuda

75. Una información relevante que el acreedor debe incluir en el formulario es el *importe de la deuda*, la cual para el proceso monitorio europeo puede ser de cualquier importe. No hay tope mínimo ni máximo en la cantidad. Esto se deriva de la propia concepción del proceso monitorio, ya sea nacional o europeo. En los procesos monitorios no se persigue litigar sobre un derecho de crédito, éste en principio ya existe, lo que se reclama es una deuda indubitada y por eso se puede hacer efectivo de forma rápida y eficiente mediante un procedimiento muy específico que persigue garantizar el cobro real por parte del acreedor. De ahí la diferencia con el procedimiento de escasa cuantía²⁰³, donde la cantidad a reclamar

¹⁹⁶ Así lo ha entendido también la doctrina, *vid ad ex.*, A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo...*, p. 90.

¹⁹⁷ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 80.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 80.

¹⁹⁹ En el proceso monitorio nacional tampoco es necesario contar con abogado y procurador (art. 814.2 LEC). No obstante, no sucede lo mismo en el caso de la oposición del deudor cuando la cuantía de la deuda excede de 2000 euros (art. 818 LEC).

²⁰⁰ *Vid.* J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio...*, p. 41; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, pp. 53-54. *onitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 40. *Vid.* también, A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 78.

²⁰¹ A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo...*, p. 91.

²⁰² AAP Madrid 25 abril 2011, nº 83/2011, ECLI:ES:APM:2011:5722^a, FJ 2º.

²⁰³ *Vid.* L. MORENO BLESA, “El proceso monitorio europeo: el Reglamento 1896/2006”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020 p. 96.

queda limitada, debido a que aunque comparten fines (cobro de deudas) las vías para conseguirlo difieren y por eso los procedimientos se conciben de diferente modo.

76. Ese importe de la deuda no sólo es el principal también el acreedor puede incluir en el formulario de solicitud intereses y costas judiciales. Entre las cuales se podrían incluir las tasas judiciales. El art. 25.2 RPME señala que las tasas judiciales se determinan en atención al Derecho de cada Estado parte. Sobre este particular el TJUE se ha pronunciado señalando que el tribunal nacional puede en atención a su Derecho determinar el importe de las tasas judiciales, siempre teniendo presente el art. 25 RPME y la aplicación de tales normas no puede suponer un agravio para el acreedor tal que le resulte imposible o difícil el ejercicio de sus derechos²⁰⁴. De este modo, si se prevé en su Derecho nacional y no implica un entorpecimiento de los objetivos del PME, un tribunal nacional podría pedir a un acreedor que le detalle una determinada cuantía litigiosa en la moneda de ese Estado parte para poder precisar las tasas judiciales²⁰⁵. En otras palabras, debido a que para determinar las tasas judiciales se aplica el Derecho nacional, éste podría exigir criterios extras al acreedor, aspectos que no se requieren en atención al art. 7.2 RPME. La cuestión es si se puede aplicar ese Derecho nacional que exige alguna aclaración al acreedor para que el juez determine el importe de las tasas judiciales cuando los criterios del art. 7.2 son *numerus clausus*. La respuesta del TJUE es sí, pero siempre que no alargue el proceso monitorio europeo y desincentive al acreedor a acudir al mismo.

77. En relación a los intereses, el TJUE tuvo que responder si el acreedor en un PME podía reclamar los intereses correspondientes desde la fecha en que devienen exigibles hasta el pago del principal²⁰⁶. El RPME no realiza ninguna precisión al respecto. De este modo, surgía la duda al tribunal nacional si la cuantía relativa a los intereses debía precisarse de forma exacta y acortarse desde la fecha que devienen exigibles hasta que se solicita el requerimiento europeo de pago o hasta que éste se emite. De llevarse a cabo esa última interpretación el acreedor debería iniciar otro proceso para solicitar únicamente el pago de los intereses devengados desde ese momento de la solicitud o emisión del REP hasta el pago del principal. El TJUE consideró que ese tipo de interpretación desincentivaría al acreedor de recurrir al PME²⁰⁷. De este modo, el tribunal de Luxemburgo consideró que de los arts. 4 y 7 RMPE no se pueden entender que se opongán a que en el formulario de petición se reclamen intereses desde la fecha en que devienen exigibles hasta la fecha del pago del principal²⁰⁸. El problema es que el formulario de requerimiento europeo de pago (anexo V RPME) no prevé de forma expresa la posibilidad de indicar que el demandado pague los intereses desde que devienen exigibles hasta la fecha de pago del principal. El TJUE tuvo que aclarar cómo deberían hacerlo los órganos jurisdiccionales nacionales. Para el alto tribunal, la autoridad del Estado de origen puede libremente elegir la vía que mejor considere para cumplimentar el formulario²⁰⁹. Una de ellas podría ser en la columna del formulario donde se indica <<(día/mes/año)>> que se precise que el demandado pague desde la fecha concreta que los intereses deben comenzar a devengarse hasta la fecha de pago del principal y en la columna <<importe>> que se señale el tipo de interés. Para el TJUE lo importante es que esa forma de señalar ese lapso temporal sea una que permita²¹⁰: 1) que el demandado pueda saber sin dudas la resolución de la cual se generan esos intereses; 2) que el demandado pueda identificar claramente el tipo de intereses y la fecha desde que se reclaman esos intereses.

D) Origen de la deuda y descripción de la prueba

78. Como ya se ha puesto de manifiesto, el proceso monitorio europeo sigue la técnica monitoria intermedia, por lo tanto, el acreedor en su solicitud debe describir la deuda y precisar el origen de

²⁰⁴ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 32.

²⁰⁵ *Ibidem*, apartado 34.

²⁰⁶ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 38.

²⁰⁷ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 47.

²⁰⁸ *Ibidem*, apartado 48.

²⁰⁹ *Idem*, apartado 60.

²¹⁰ *Idem*, apartado 58.

la misma, pero no probarla²¹¹. Es decir, el acreedor debe precisar la relación jurídica entre las partes, el importe de la deuda y su origen y el vínculo que existe entre ese derecho de crédito y las pruebas que se señalan²¹². De este modo, el acreedor simplemente describe la deuda, pero no debe aportar prueba alguna. La información que debe proporcionar el acreedor debe ser precisa y ser directa, ya que la misma tiene un doble objetivo. Por un lado, el acreedor debe convencer al órgano jurisdiccional con dicha información para que emita el REP. Por el otro, es una información que se está proporcionando al deudor sobre la deuda. El deudor con esta información que recibe del REP deberá decidir la estrategia procesal a seguir²¹³. Es decir, si acepta el REP o se opone, y por lo tanto, pasa a la siguiente fase, la cual es discutir con el acreedor por la legitimidad de ese crédito en un proceso ordinario.

Con el fin de que el acreedor pueda precisar el origen de la deuda en su solicitud, el formulario A en su apartado 6 recoge hasta veinticinco causas. Entre ellas, el acreedor podría señalar si la deuda se deriva bien de un contrato de compraventa, de arrendamiento, un contrato de servicios, o bien de uno de fianza o de préstamo. Y junto con dichas causas, el formulario A en el mismo apartado recoge también diferentes circunstancias que permiten justificar el origen del crédito. Así, se recogen: impago, lugar de entrega, fecha de compra, bienes o servicios no entregados, bienes o servicios defectuosos, entre otras.

79. El apartado diez del Formulario A recoge el apartado para que el acreedor describa los medios de prueba de los que dispone. Como ya se ha señalado, la obligación del acreedor es simplemente describir dichos medios de prueba de los que dispondría para justificar su crédito, no teniendo que aportar prueba alguna en la solicitud. Por lo tanto, un REP no se podría inadmitir porque el acreedor no presenta documentación que justifique su crédito²¹⁴. Esto es así porque el PME no sigue la técnica monitoria documental donde el acreedor debe al solicitar el requerimiento de pago también aportar prueba, como sucede en procesos monitorios nacionales como el francés, el español, el belga o el italiano. Así, en la solicitud de PME, el acreedor sólo describe la prueba, pudiendo ser de cualquier tipo, documental pero también pericial, testimonial o cualquier otra admitida en la *lex fori*²¹⁵.

Una cuestión que cabe plantearse es si el acreedor tiene obligación de señalar todos los medios de prueba de los que dispone para probar su crédito o si con sólo señalar algunos en la solicitud es suficiente. Y es más, en el caso de que el acreedor en la solicitud sólo describa algunos de los que podría utilizar para probar su crédito, si no lo hace en ese momento al presentar la solicitud de PME, si precluiría. Es decir, si la prueba que no se describa en la solicitud del PME ya no se podría aportar más adelante en el hipotético caso de que se tuviera que litigar por reclamar el crédito en un proceso ordinario. La respuesta es no. El acreedor no tiene la obligación de señalar todos y cada uno de los medios de prueba de los que dispone para justificar su crédito en la solicitud de REP²¹⁶. De hecho, no es aconsejable que los describa todos en ese momento, sería interesante poder “guardarse” algún medio de prueba de cara a la estrategia procesal futura si es que existe proceso ordinario. Por lo tanto, el acreedor podría describir sólo algunos medios de prueba de los que dispone en la solicitud de REP y con el derecho a poder alegarnos en un proceso posterior más adelante.

No obstante, sobre la valoración de esa descripción de la prueba y si los órganos jurisdiccionales nacionales a los que se les presenta la solicitud podrían solicitar prueba complementaria podríamos decir que la respuesta es afirmativa. Así se puede entender de la jurisprudencia del TJUE en asuntos como *Bondona*²¹⁷, en los que el deudor es un consumidor. Aunque posteriormente volveremos sobre este asunto, el TJUE consideró que el órgano jurisdiccional puede solicitar al acreedor que complemente la

²¹¹ AAP Madrid 10 diciembre 2020, nº 388/2020.

²¹² S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 163.

²¹³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 84. *Vid* también, L. GÓMEZ AMIGO, “El proceso monitorio europeo” en De la Oliva Santos(Dir), *Derecho procesal civil europeo*, vol. III, Tutela judicial del crédito en la Unión Europea, Dykinson, 2011, p. 189.

²¹⁴ AAP Barcelona 21 noviembre 2012, nº 212/2012, ECLI:ES:APB:2012:7729A, FJ 2º.

²¹⁵ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 164.

²¹⁶ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 84.

²¹⁷ STJUE 19 diciembre 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118.

información de la que dispone para justificar su crédito para así poder verificar si hay cláusulas abusivas en el contrato de consumo en base al cual se está reclamando dicho crédito²¹⁸.

E) Carácter transfronterizo del asunto, información veraz, apéndices y presentación de la solicitud

80. El acreedor debe precisar en el Formulario el carácter transfronterizo del asunto, para eso debe señalar el país de la residencia habitual del demandante, del demandado y el país del órgano jurisdiccional.

81. Uno de los últimos apartados del formulario A se refiere a la veracidad de la información suministrada. El acreedor debe manifestar que la información que facilita es correcta a su leal saber y entender, asumiendo que de no serlo así, podría implicar sanciones conforme a la *lex fori* (art. 7.3 RPME). No obstante, la realidad puede ser muy diferente, ya que en la mayoría de los Estados miembros no estarían tipificadas estas conductas²¹⁹.

82. El acreedor también debe incluir en la petición si en el caso de oposición del deudor va a seguir discutiendo la deuda en un proceso ordinario o si se niega a esta opción. Esta posición no vincula al acreedor y podría cambiar de parecer²²⁰. Esta información se recoge en el apéndice 2 del Formulario A y no se comunica al deudor. El objetivo es no condicionarle y que decida si paga o no la deuda con independencia de si el acreedor estaría dispuesto a continuar su reclamación en un proceso ordinario.

83. Por último, la solicitud deberá datarse y firmarse. Como ya se ha expuesto anteriormente, en el ordenamiento jurídico español, el acreedor tiene la opción de presentar la solicitud bien electrónicamente, o bien mediante fax o correo postal. El acreedor siempre deberá cerciorarse de los medios que se admiten en el Estado miembro ante el cual se interpone la solicitud (art. 7.5 RPME). En el caso de que optara por la opción telemática, la misma se debería firmar en atención a lo dispuesto en el *Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE*²²¹ (en adelante, R. 910/2014). En el supuesto del ordenamiento jurídico español, el acreedor debe tener presente que existe la sede judicial electrónica, la cual se instaura en virtud de la *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la administración de justicia*²²². La realidad es que las personas jurídicas que decidan interponer un proceso monitorio europeo no tienen mucha opción a la hora de elegir la vía de presentación de la solicitud. Esto es así porque en atención al art. 273.3 letra c) LEC tienen la obligación de presentar la solicitud por vía telemática mediante la sede judicial electrónica. La cuestión que nos planteamos es qué sucede con las empresas con domicilio en otros Estados, europeos o no, que tengan que presentar una solicitud de PME ante los tribunales españoles. Es decir, deben obligatoriamente seguir la vía telemática al igual que sucede con las personas jurídicas españolas o pueden utilizar la opción de presentación tradicional. La Ley guarda silencio sobre este particular y algún autor ha puesto de manifiesto que actualmente estas empresas no españolas no podrían presentar la solicitud de forma telemática²²³.

²¹⁸ *Ibidem*, apartado 50.

²¹⁹ A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo...*, p. 95.

²²⁰ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 88.

²²¹ DOUE L 257/73, DE 28 de agosto de 2014.

²²² BOE núm. 160 de 6 de julio de 2011.

²²³ J. CASADO ROMÁN, “Cuestiones prácticas en el procedimiento monitorio europeo”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 219.

4. Plazos

84. En relación a los plazos son dos los aspectos a tener presentes. Por un lado, el plazo temporal propiamente dicho. Por el otro, el cómputo de los mismos.

Sobre el *primer aspecto* destacar la imprecisión del legislador europeo. La doctrina ha considerado que eso muestra una deficiencia técnica²²⁴. Y razón no le falta, ya que los plazos es un aspecto muy importante para que el buen funcionamiento del PME. Los plazos procesales que existen en el PME pueden ser de parte o en relación a la actividad jurisdiccional²²⁵. Los de parte como su propio nombre indica son los que afectan a las partes y serán los relativos a la oposición del demandado, a complementar información que el tribunal solicite, etc. En relación a actos impropios o relativos a la actividad jurisdiccional, son plazos que el tribunal debe acatar a la hora de actuar, los ejemplos de esa imprecisión en el PME son variados. *Ad ex.* en el caso del plazo del que dispone la autoridad competente para resolver sobre la petición de REP, el art. 8 RPME señala que deberá decidir lo antes posible. También el art. 12.1 RPME señala 30 días para expedir el REP, sin embargo, dicho plazo no es imperativo.

Unos plazos poco claros generan problemas en la práctica a la hora de aplicar el Reglamento. Esa falta de claridad perjudica al operador jurídico porque le puede generar dudas a la hora de aplicar la norma y tardar más tiempo en resolver. Pero también perjudica al ciudadano porque resta seguridad jurídica al proceso, *ad ex.*, no sabría estimar lo que puede durar el PME. Por lo tanto, esta indeterminación eleva los costes de la litigación y hace que el Reglamento se aplique de forma menos uniforme. Unos plazos que varían en función de la *lex fori* no garantiza igualdad de trato a los ciudadanos europeos que quieren litigar vía PME.

Consideramos que esta situación que existe respecto de los plazos en el RPME se puede corregir en la próxima revisión de la norma (art. 32 RPME). Para ello, sería interesante que el legislador tuviera en cuenta que no tendría que uniformar todo y cada uno de los plazos que se recogen a lo largo del proceso monitorio europeo pero sí al menos los que son claves al igual que de forma acertada hizo en el art. 16.2 RPME. En dicho precepto precisa de forma clara que el demandado tiene 30 días para interponer el escrito de oposición. Igual que hizo en ese artículo debería hacerlo cuando se revise el Reglamento en relación a los siguientes aspectos:

- El plazo que dispone el órgano jurisdiccional para resolver sobre la admisión del REP (art. 8 RPME).
- El plazo del que dispone el órgano jurisdiccional para expedir el REP (art. 12.1), que en lugar de facultativo sea un plazo fijo que el tribunal deba acatar.

Hay otros como ha señalado la doctrina que son menos trascendentales y que podría ser menos relevante como *ad ex.* el plazo que tiene el demandante para completar la solicitud²²⁶. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, sería conveniente que se uniformara todo plazo que se recoge en el RPME, permitiría una aplicación más uniforme de la norma y evitaría la discriminación entre ciudadanos europeos y el *forum shopping*.

85. En relación al *cómputo de los plazos*, el RPME ha sido más preciso y remite en su considerando 28 al *Reglamento (CEE, Euratom) n° 1182/71* del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos²²⁷, señalando que el demandado debe ser advertido de que la computación de los plazos es conforme a días naturales, es decir, sin tener en cuenta los días festivos del Estado miembro de origen. La opción elegida por el legislador persigue uniformar el cómputo de los plazos entre los Estados miembros. Se podría haber hecho de otro modo, pero

²²⁴ B. MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2007, p. 14. *Vid.* también, J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio...*, p. 61.

²²⁵ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 150.

²²⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 151.

²²⁷ BOE núm. 124, de 8 de junio de 1971.

a nuestro parecer es correcto el fondo aunque no la forma de hacerlo. La forma no es correcta porque tendría que haberse recogido en el RPME (lo mismo se puede decir en relación al PEEC) un precepto específico haciendo alusión a la aplicación del Reglamento 1182/71 para el cómputo de plazos. El fondo sí lo consideramos acertado porque como hemos señalado es una forma de uniformar el cómputo de los plazos que aunque implique modificar en ciertos aspectos los Derechos procesales nacionales como sucedió en el caso del ordenamiento español²²⁸, es positivo el resultado.

IX. El estudio de la petición del REP por parte de la autoridad competente

1. Introducción

86. Una vez remitida la solicitud, el órgano jurisdiccional debe examinarla en atención al art. 8 RPME. Éste se basará en lo expuesto por el acreedor en el formulario A poniendo especial atención en²²⁹: a) La competencia del tribunal; b) El ámbito de aplicación; c) El carácter transfronterizo del asunto; d) La naturaleza del crédito y su fundamento.

87. Un aspecto importante que cabe plantearse es que en atención a la técnica monitoria intermedia que sigue el PME qué tipo de examen puede realizar el juez, LAJ o auxiliar sobre la petición monitoria. Como a continuación analizaremos con detalle, para poder estimar un REP la autoridad competente va a comprobar cuestiones formales pero también procesales y sustantivas en atención a la información que presenta el demandante en el Formulario A. Es decir, a pesar de que el objetivo del PME es que el acreedor pueda obtener de forma rápida y con poco coste un título ejecutivo sobre su derecho de crédito, la realidad no es así del todo debido a que un cierto examen por sumario que sea va a ser necesario y se tiene que llevar a cabo.

2. El análisis de los presupuestos procesales

88. El primer requisito que verifica la autoridad competente que recibe una solicitud de PME es en relación a su propia competencia judicial internacional²³⁰. El órgano jurisdiccional deberá comprobar si es competente en atención a algunos de los foros del Reglamento Bruselas I *bis* ex art. 6.1 RPME. Para tal tarea, el órgano jurisdiccional dispone de los datos que señalan las partes sobre dónde están domiciliadas y las casillas 3 (criterios de competencia del órgano jurisdiccional) y 4 (carácter transfronterizo del asunto) del Formulario A. En base a dicha información, lo primero que tendría que realizar el juez o LAJ en el caso de España es descartar que exista un foro exclusivo a favor de otro Estado miembro. La existencia de un foro exclusivo a favor de otro tribunal de otro Estado miembro implicaría la desestimación del REP. Las materias objeto de foro exclusivo que debe comprobar el órgano jurisdiccional serían: 1) Las materias recogidas en el art. 24 Reglamento Bruselas I *bis*. De las materias que se señalan en dicho precepto la relevante sería la relativa a deudas que se derivan del arrendamiento de bienes inmuebles que se encuentran en Estados miembros diferentes al del Estado donde se solicita el PME²³¹; 2) En el caso de que el demandado sea un consumidor, en atención al art. 6.2 RPME, el tribunal con competencia exclusiva para conocer es el del Estado del domicilio del demandado.

Si el órgano jurisdiccional comprueba la inexistencia de foros exclusivos a favor de otros Estados miembros deberá comprobar si concurre alguno de los otros foros previstos en el Reglamento Bruselas I *bis*, los cuales podrían ser, como ya analizamos, bien el foro de sumisión expresa (art. 25), el

²²⁸ Vid al respecto S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 152, nota nº 68, ya que justo en el Derecho procesal español es al contrario, se excluyen generalmente sábados, domingos y festivos del cómputo de los plazos procesales.

²²⁹ Vid. J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio...*, pp. 47-59; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 166-173; L. MORENO BLESA, "El proceso monitorio europeo...", pp. 96-97;

²³⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 167.

²³¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 168.

foro del domicilio del demandado (art. 4) o los foros especiales por razón de la materia (arts. 7 a 23). En base a dicho examen los escenarios que se podrían diferenciar serían los siguientes²³²:

Escenario 1. El órgano jurisdiccional ante el que se interpone el REP no ostenta competencia judicial internacional. Esta situación puede suceder cuando el órgano jurisdiccional comprueba que el criterio de competencia que señala el demandante en el formulario no es correcto y además no encuentra ningún otro foro en el Reglamento Bruselas I bis en el que basar su competencia. Por lo tanto, la consecuencia es que en atención al art. 11.1 letra a RPME la autoridad competente desestimará la petición de REP.

Escenario 2. El órgano jurisdiccional se da cuenta de que el foro que recoge el acreedor en el Formulario no le otorgaría competencia judicial internacional pero que sí que existe otro en base al cual podría ser competente. En este caso el juez o LAJ debería solicitar al acreedor en base al Formulario B que rectifique la solicitud (art. 9. RPME). Si el acreedor no envía la solicitud modificada en el plazo especificado al órgano jurisdiccional, éste aún teniendo competencia se va a declarar incompetente para dictar el REP (art. 11.1 letra c) RPME).

Escenario 3. El órgano jurisdiccional comprueba que los criterios para determinar la competencia judicial internacional que señala el acreedor en el Formulario A son correctos y le otorgan competencia. Ante esta situación el órgano jurisdiccional no puede hacer otra cosa que declararse competente y examinar el resto de presupuestos.

89. Así, al igual que el primer requisito que se comprueba es la competencia judicial internacional, el segundo sería el relativo a la competencia interna. La *lex fori* es la que determina este particular por mandato del art. 26 RPME. En el caso del ordenamiento jurídico español, el órgano jurisdiccional deberá comprobar su competencia objetiva, territorial, funcional, que consta la diligencia de reparto del Decanato en atención al art. 68 LEC, que figuran las firmas del litigante y cerciorarse si éste actúa o no con asistencia de abogado y procurador²³³.

3. El análisis de los presupuestos formales

90. Los requisitos formales a los que debe ajustarse la petición serían los siguientes: El propio uso del Formulario A, que éste se haya completado íntegramente y que se haya firmado la solicitud por el demandante. La ausencia de algún requisito

4. El análisis de los presupuestos sustantivos

91. El órgano jurisdiccional debe verificar como requisitos de fondo²³⁴:

- a) La naturaleza de la deuda. Ésta debe caer dentro del ámbito de aplicación del RPME (art. 2 RPME).
- b) El asunto debe ser transfronterizo (art. 3 RPME).
- c) El crédito que se reclama debe ser un crédito pecuniario, determinado, vencido y exigible (art. 4 RPME).
- d) La petición no es infundada (art. 7.2 letras d y e RPME).

92. En relación a este último presupuesto que señalamos (la fundamentación de la petición) precisar que merece unas consideraciones de mayor calado. Esto es así porque cómo se examine el fun-

²³² *Ibidem*, pp. 170-171.

²³³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 88.

²³⁴ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 172.

damento de esa petición de REP por el órgano jurisdiccional competente impacta de lleno en la esencia del PME. Es decir, partiendo de que el PME se basa en la ya citada técnica monitoria intermedia y que por lo tanto, el acreedor no debe aportar prueba alguna de su crédito cabe preguntarse cómo de exhaustivo debe ser el control de la autoridad competente para considerar que la petición es o no fundada. En otras palabras, si ese control por la autoridad competente debe ser un control de fondo o un mero control formal, ya que en función de cómo sea también va a impactar de lleno en la autoridad que podría llevarlo a cabo. Si es un control más de fondo sólo lo debería llevar a cabo un juez, en cambio, si es un control más formal y poco exhaustivo un secretario judicial o auxiliar podría realizarlo perfectamente²³⁵.

La respuesta sobre el tipo de control que debe realizar la autoridad competente no se especifica de forma expresa en el RPME. Desde nuestro punto de vista, en atención a la técnica en la que se basa el PME, su objetivo, el cual no es otro que facilitar el cobro de las deudas transfronterizas, consideramos que aunque no se exprese en el RMPE de forma tajante, el examen que debería hacer la autoridad competente debe ser limitado y somero. El fundamento de esta posición podría encontrarse en el considerando 16 RPME en atención a dos aspectos que se señalan: 1) La autoridad competente sólo puede valorar la fundamentación que el acreedor realiza de la petición en base a la información que señala en el formulario; 2) Un juez no es el único que podría realizar dicho examen. Por lo tanto, en ningún caso se debería hacer un examen pleno y detallado del derecho de crédito que alega el acreedor. El órgano jurisdiccional debería verificar la coherencia expositiva del acreedor al fundamentar su derecho de crédito en base a los pocos datos que puede aportar en el Formulario A. Esa justificación de la deuda que realiza el acreedor no debe ser para que la autoridad competente estime o no si existe el derecho de crédito a favor del acreedor sino para que el deudor sepa quién le reclama y por qué. Y que sea el deudor el que en base a dicha información el que decida si discute la legitimidad del crédito que se le está reclamando.

Otro tipo de examen más detallado convertiría al PME en un proceso monitorio más parecido al documental y le alejaría de su fin: agilizar la reclamación del crédito transfronterizo. Y para que esa agilidad realmente exista, el órgano jurisdiccional encargado de resolver sobre la solicitud debe hacer un examen bastante superficial²³⁶, rápido y si puede debería ser por una autoridad que no sea un juez. Esto permitiría ganar rapidez y descongestionar la saturada administración de justicia. Comprendemos que este control tan somero podría perjudicar los derechos del deudor, debido a que a diferencia de en los procesos monitorios que siguen la técnica pura en los que el deudor tiene dos oportunidades para oponerse (se puede oponer al requerimiento de pago y a la orden de ejecución), en el PME sólo se puede oponer una vez y es al requerimiento europeo de pago²³⁷. Sin embargo, la realidad es que el legislador europeo cuando define el PME está muy enfocado en la esencia de este tipo de procedimiento y lo que se perseguía con él y no es otro que en hacer más accesible y rápido la reclamación de la deuda transfronteriza. Y este objetivo en el fondo potencia más los derechos del acreedor que los del deudor. No obstante, somos conscientes de que el TJUE no sigue esta posición cuando el deudor es un consumidor, como posteriormente estudiaremos, debido a sentencias como la del asunto *Bondora*²³⁸, el juez puede pedir información complementaria al acreedor en la petición monitoria cuando sospecha que el origen de ese crédito puede derivarse de un contrato que contiene cláusulas abusivas. En nuestra opinión, este control de las cláusulas abusivas estaría justificado y estamos a favor, al consumidor se le debe proteger frente a conductas abusivas pero este control en el PME debe ser estrictamente cuando la reclamación es contra un consumidor, no debiéndose aplicar a más supuestos. Esto es así porque un examen más exhaustivo restaría agilidad y eficacia al PME y perdería gran parte de su esencia.

Desde la perspectiva de la práctica judicial de los Estados miembros podemos decir que la apreciación del tipo de control que se debe realizar sobre la fundamentación de la petición del REP es dispar. Es otras palabras, el control sobre la fundamentación del crédito puede ser muy diferente en atención al Estado miembro en el que se solicita el REP, lo que desvirtúa la armonización que se pretende perseguir

²³⁵ Vid. A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 104.

²³⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON, presentadas el 31 de octubre de 2019, ECLI:EU:C:2019:921, apartado 93.

²³⁷ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, pp. 98 y 99.

²³⁸ STJUE 19 de diciembre de 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, EU:C:2019:1118.

con el PME. De la práctica de los tribunales españoles se puede extraer la conclusión de que son perfectamente conscientes de que la naturaleza del PME y la del proceso monitorio nacional no es la misma²³⁹. Así, mientras que el proceso monitorio español se basa en la técnica monitoria documental, el PME no. En líneas generales nuestros tribunales son conscientes de que en el PME con describir la prueba es suficiente y es indiferente que esa descripción de la prueba haga referencia a cualquier tipo de prueba, puede ser documental o no. Aún así queda camino por recorrer debido a que la influencia del proceso monitorio documental está ahí e influye a la hora de aplicar el PME por parte de los tribunales españoles. Sin embargo, esa tendencia de que las autoridades de los Estados miembros se vean influenciadas en la aplicación del PME por el tipo de proceso monitorio nacional que existe en su ordenamiento jurídico no sólo sucede en España, es una situación generalizada que crea una importante inseguridad jurídica²⁴⁰. La solución podría venir de que en futuras revisiones del RPME se prevea el tipo de examen que se debe realizar de forma más precisa y más clara, para nosotros debe ser rápido y somero porque (salvo cuando se trate de un deudor consumidor) otro tipo de examen no encajaría con la razón de ser y los objetivos que persigue el RPME.

5. Los diferentes escenarios que plantea la solicitud de un PME

93. La petición del acreedor de REP podría implicar cuatro escenarios diferentes, estos serían: 1) La rectificación de la solicitud; 2) La modificación parcial de la petición; 3) La desestimación del REP; 4) La expedición del REP. Vamos a estudiar cada uno de los presupuestos que analizaría el órgano jurisdiccional al recibir una solicitud de PME al igual que los diferentes escenarios a tener en cuenta.

94. 1) *La rectificación de la solicitud.* En atención al art. 9 RPME, el órgano jurisdiccional puede solicitar al acreedor que complemente o rectifique la petición²⁴¹. Esto puede tener lugar cuando el demandante no ha rellenado algún aspecto obligatorio del formulario y se puede subsanar fácilmente. En ese caso el juez dictaría una resolución en atención al formulario B que se recoge en el Anexo II RPME para informar al acreedor de que realice determinados cambios y el plazo del que dispone para ello. Esta posibilidad de subsanar la solicitud ayuda al demandante debido a que no hay que olvidar que puede presentarla sin recibir asesoramiento, tener presente que si comete algún error se puede subsanar hace que el procedimiento sea menos encorsetado y más flexible²⁴².

95. 2) *La modificación parcial de la petición.* El art. 10 RPME precisa que hay supuestos en los que la petición del acreedor cumple los criterios exigidos en el art. 8 RPME sólo de forma parcial. En ese caso, el órgano jurisdiccional comunica al acreedor la concesión de un requerimiento europeo de pago parcial en atención al formulario C anexo III. Ante este escenario el acreedor tiene dos opciones: a) Aceptar la propuesta del órgano jurisdiccional y contestar devolviendo el formulario C en el plazo otorgado para ello; b) Rechazar la propuesta expresamente o no contestar. La consecuencia de esta segunda opción sería la desestimación de la petición (art. 10.3 y 11.1 letra d REP).

La doctrina ha criticado que el RPME permita que se dicte un requerimiento europeo de pago parcial²⁴³. La razón es que si el deudor acepta la propuesta que le realiza el tribunal en atención a la cuantía de la deuda que le señala, cabe preguntarse qué sucede con el resto de la deuda que no se recoge en el requerimiento europeo de pago, ¿qué debería hacer el acreedor?, ¿debería iniciar otro procedimiento para reclamar esa parte de la deuda?. ¿Uno ordinario o un procedimiento monitorio nacional o incluso otra solicitud de REP pero sólo en relación a esa cantidad? Una respuesta a este escenario no es sencilla debido a que el RPME no ofrece solución alguna por lo que dependerá del Derecho procesal del Estado

²³⁹ AAP Madrid 14 octubre 2008, nº 304/2008, ECLI:ES:APM:2008:14241A, FD 2º.

²⁴⁰ Esto ya lo ha apuntado A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 98.

²⁴¹ AAP Madrid 17 enero 2018, 12/2018, ECLI:ES:APM:2018:89A, FD 2º.

²⁴² J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio...*, p. 51.

²⁴³ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 178.

miembro concreto donde se haya estimado ese requerimiento parcial. En atención al Derecho procesal español, hay autores que consideran que no se debería emitir un requerimiento europeo de pago parcial debido a que daría lugar a procesos paralelos²⁴⁴. Desde nuestro punto de vista, las intenciones del legislador europeo con esta posibilidad pudieron ser buenas, obedeciendo a un claro objetivo: que al menos una parte del crédito se pueda ejecutar cuanto antes. Sin embargo, la regulación “a medias” que realiza es criticable debido a que no da una respuesta uniforme. Esto provoca que cada Estado miembro tenga que aplicar su derecho interno generando como resultado que cada Estado lo aplicará como considere, dando lugar en el fondo a que haya ordenamientos que sí dicten REP parcial y otros que no. En el caso del ordenamiento jurídico español, la estimación de un REP parcial sería posible y la implicación para el acreedor es que renunciaría a cobrar esa cantidad no incluida al modificar la solicitud del REP²⁴⁵. En ese caso el acreedor puede reclamar el resto de deuda no admitida en el PME mediante un proceso ordinario o mediante un proceso monitorio nacional. La consecuencia es que van a existir procesos paralelos, lo cual aumenta los costes de litigación considerablemente. Ante la posibilidad de un REP parcial, el acreedor debe pensarlo bien, ya que puede que quizás le compense más no aceptar esa modificación, que se le desestime el REP e iniciar otra vía para reclamar el crédito pero en un solo proceso.

Ejemplo práctico: El señor Smith, nacional inglés residente en París insta una solicitud de PME ante un juzgado de primera instancia español. El objetivo es cobrar una deuda de 100.000 que un empresario con residencia habitual en Barcelona le debe desde hace tiempo. La autoridad competente española considera que parte de ese crédito – 25.000 euros- no está vencido, por lo tanto, remite en atención al formulario C la modificación de la cuantía. Ante este escenario cabe preguntarse qué debe hacer el acreedor. **Solución:** El acreedor tiene la opción de no contestar o incluso de rechazar esa modificación del REP expresamente. Pero también tiene la posibilidad de aceptar esa modificación. Si la acepta, el REP que se expida va a ser parcial, o en otras palabras, sólo en relación a la nueva cantidad modificada. La cantidad que quede pendiente deberá ser reclamada por el acreedor por otra vía en atención a la *lex fori*

96. 3) La desestimación del requerimiento europeo de pago. El art. 11 RPME recoge los motivos por los que el órgano jurisdiccional podría desestimar un REP. Se trata de una lista de motivos *numerus clausus* y serían los siguientes: a) La solicitud no cumple con los criterios que se señalan en los arts. 2,3,4,6 y 7; b) La petición no tienen fundamento alguno. Es decir, que el crédito no se refiere a una materia civil o mercantil o el crédito no es determinado, vencido y exigible; c) El demandante no ha enviado su respuesta en relación a la modificación o rectificación de la solicitud en el plazo fijado por el juez; d) El demandante no ha enviado al órgano jurisdiccional su respuesta sobre la propuesta de emitir un REP parcial.

El demandante no tiene la posibilidad de recurrir la desestimación (art. 11.2), la cual se expide en atención al formulario D del Anexo IV. No obstante, el RPME no impide que el acreedor vuelva a iniciar otro PME o reclame la deuda mediante un proceso civil ordinario (art. 11.3). La forma en la que se concibe el PME (proceso simplificado y ágil)²⁴⁶ junto con el hecho de que la denegación del REP no produzca efectos de cosas juzgada²⁴⁷, ha hecho que el legislador no haya contemplado la posibilidad de recurso por la desestimación del REP.

A pesar de lo señalado anteriormente, la realidad es que el legislador europeo no estuvo del todo acertado cuando redactó el considerando 17. Esto es así porque en el mismo precepto se dice lo mismo y justo lo contrario al señalar que no se puede recurrir la desestimación pero que “*ello no excluye, sin embargo, la posibilidad, de conformidad con el Derecho nacional, de recurrir la decisión de desestimación de la petición ante un órgano jurisdiccional del mismo nivel*”²⁴⁸. Aún así el objeto del legislador con

²⁴⁴ J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 167-168.

²⁴⁵ Vid. A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 106.

²⁴⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 179.

²⁴⁷ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 107.

²⁴⁸ La doctrina ha criticado esta contradicción *vid. ad ex.* J.M.ARIAS RODRÍGUEZ/M^aJ. CASTÁN RODRÍGUEZ, “Análisis crítico del proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento(CE) N^o 1896/2006”, *Revista del poder judicial*, n^o 83,2006, p. 23.

esta disposición del considerando 17 fue que el acreedor pudiera acceder a determinados recursos que algunos derechos nacionales contemplan, *ad ex.* en el Derecho alemán se puede interponer un recurso cuando la solicitud se presentó por la vía telemática y la desestimación se basa en la forma en la que se ha presentado dicha solicitud²⁴⁹.

Por lo tanto, para concluir, el legislador europeo no estableció recurso alguno ante la desestimación del REP, pero eso no obsta, para que en determinados casos cuando se insta el PME en Estados miembros que contemplan la posibilidad de recurrir este tipo de resoluciones ante un órgano del mismo nivel se pueda aprovechar esa posibilidad y recurrir la desestimación. Esto hace que el PME no se aplique de forma uniforme en todos los Estados miembros.

97. 4) La expedición del requerimiento europeo de pago. En el caso de que el órgano jurisdiccional observe que se cumplen los requisitos del art. 8 RPME se expedirá el REP lo antes posible. En principio, se debe expedir en un plazo no superior a 30 días desde que se presentó la solicitud (art. 12.1). Este plazo aunque no es imperativo sí que es orientativo y cumple con el objetivo del RPME de darle una respuesta al acreedor sobre su solicitud lo antes posible. La expedición se debe realizar en atención al formulario E del Anexo V. El demandado recibe dicho Anexo V y también una copia de la solicitud que presentó el acreedor, es decir, el Formulario A sin los apéndices I y II. La forma del REP variará de un ordenamiento a otro adaptándose a la *lex fori*. En el caso del ordenamiento jurídico español si el REP lo realiza el LAJ tendrá forma de decreto²⁵⁰.

La información que recibe el deudor con el REP es clave para poder defenderse. Así, básicamente se le deberán señalar los diferentes escenarios y las consecuencias de cada uno de ellos. Los aspectos sobre los que se informa al deudor en un REP serían los siguientes²⁵¹:

- 1) La existencia de un requerimiento europeo de pago en su contra. El cual se ha dictado únicamente en base a las afirmaciones del acreedor sin entrar a valorar prueba alguna.
- 2) La posibilidad que tiene el deudor de oponerse al REP, la cual implica acudir a discutir la legitimidad del crédito en un proceso ordinario, salvo que el acreedor haya renunciado a dicha posibilidad conforme al Apéndice 2 y no haya cambiado de parecer.
- 3) La consecuencia de no oponerse a la orden de pago implica que el REP tendrá carácter ejecutivo.

Por lo tanto, en conclusión, una vez notificado, el demandado tendrá básicamente dos opciones²⁵²: a) Pagar la deuda; b) Oponerse al REP. No obstante, el demandado también podría no pagar ni tampoco oponerse²⁵³, pero estas opciones no impiden que el REP despliegue efectos ejecutivos inmediatos.

Ejemplo práctico: La empresa *Piscix* con sede en Galicia se dedica a la instalación y mantenimiento de piscinas. Uno de sus clientes es la señora Greco, nacional italiana con residencia habitual en Braga (Portugal). *Piscix* acordó con dicha clienta que abonaría los 30.000 euros que costaba la piscina en tres pagos de 10.000 euros cada uno. El último pago nunca tuvo lugar a pesar de que *Piscix* cumplió con lo pactado. La empresa gallega quiere cobrar su deuda y decide interponer un PME ante tribunales portugueses debido a que es allí donde se encuentra el domicilio de la deudora. El órgano jurisdiccional portugués emite un REP en contra de la señora Greco y cuando la notifican se pregunta qué hacer al respecto. **Solución:** La Señora Greco recibirá el Formulario E del Anexo V y el Formulario A que presentó el demandante. Pero también en dicha notificación se le informará de las diferentes posibilidad que osenta: 1) Oponerse al REP. El cual se ha dictado únicamente en base a las afirmaciones del acreedor. Se le informará de que en caso de oposición, la reclamación se discutirá en un proceso ordinario, salvo que el

²⁴⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 180.

²⁵⁰ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 106.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 110. Vid también, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 184-185.

²⁵² Vid. P. PEITEADO MARISCAL/I. CUBILLO LÓPEZ, "Reclamación de créditos transfronterizos", en P. PEITEADO MARISCAL/ I. CUBILLO LÓPEZ, *Instrumentos procesales para la tutela judicial del crédito*, Dykinson, 2018, pp. 141-142

²⁵³ L. MORENO BLESA, "El proceso monitorio europeo...", p. 98.

acreedor haya manifestado su posición en contra; 2) Pagar la deuda; 3) La ejecutiva del REP trascurrido el plazo de oposición. A la señora Greco se le informará de que con independencia de su actuación, en el caso de que no pague y tampoco se oponga, el REP se convertirá en ejecutivo.

X. La notificación al deudor y el respeto a sus derechos de defensa

1. Introducción

98. El PME se concibe como un proceso ágil y rápido donde al demandado sólo se le informa una vez el juez decide si emite el REP. Con anterioridad a ese momento de emisión del REP, el deudor no tiene constancia del PME. Por lo tanto, la notificación al deudor de la expedición del REP de forma cierta es clave para que se consideren salvaguardados sus derechos de defensa y así pueda circular libremente el REP por todos los Estados miembros donde desee el acreedor²⁵⁴. Para que esa notificación sea real y no una ficción legal²⁵⁵ es necesario que el órgano jurisdiccional del Estado de origen la lleve a cabo mediante alguna de las modalidades que se recogen en los arts. 13 a 15 RPME.

99. Las vías posibles para notificar al deudor serían: a) notificación con acuse de recibo (art. 13 RPME); b) notificación sin acuse de recibo (art. 14 RPME); c) notificación a un representante del deudor (art. 15 RPME). Esas formas de notificación se deben llevar a cabo en atención al Derecho nacional de los Estados miembros. Como ya vimos, cuando la notificación salvo en las referencias que el RPME realiza el *Reglamento 1393/2007 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*²⁵⁶, el cual como ya vimos, es de aplicación hasta el 1 de julio de 2022. Más adelante estudiaremos cada una de estas opciones para notificar al deudor.

2. Razón de ser de la notificación en el PME

100. La propuesta originaria del RPME del año 2004 no incluía ninguna norma relativa a la notificación. El legislador europeo tenía muchas reticencias sobre este particular y prefería que la notificación al deudor en el PME fuera única y exclusivamente conforme a la *lex fori*. Esta postura sobre la notificación no carecía de importancia debido a que impactaba de lleno en la configuración del propio proceso monitorio europeo²⁵⁷. Así, en dicha propuesta se establecía que el PME debía, por un lado, no regular los aspectos relativos a la notificación al deudor del REP, por el otro, contener dos fases diferenciadas en las que el deudor podía manifestar su oposición. Es decir, en dicha propuesta, una fase era la de la emisión del requerimiento de pago, y la otra era, la relativa a la ejecución de dicha orden. Por lo tanto, en dicha configuración del PME la ejecución automática del RPE no tenía cabida debido a que al no ocuparse el propio Reglamento de establecer nada en relación a la notificación y dejarlo al arbitrio de los derechos procesales nacionales, el legislador europeo consideraba que era más apropiado darle una segunda oportunidad al deudor y que se pudiera oponer también a la ejecución del REP.

²⁵⁴ Sobre la importancia de la primera notificación y la importancia que presenta en los derechos del deudor *vid.* F. GASCON INCHAUSTI, "La primera notificación al demandado como garantía de la justicia del proceso civil: en busca de estándares mínimos desde la legislación y la jurisprudencia europea", en I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y J. VEGAS TORRES, *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, obra colectiva coordinada, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, Volumen I, pp. 1329-1364, en particular en relación al PME pp. 1340-1341. *Vid.* también en la doctrina extranjera, T. RAUSCHER, *Das Europäische Vollstreckungstitel...*, p. 2.

²⁵⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 861; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 195.

²⁵⁶ DOUE L 324, de 10 de diciembre de 2007. Sobre este reglamento *vid.* M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2019.

²⁵⁷ Sobre este particular *vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 185-187.

Como consecuencia de las críticas doctrinales y también de la posición que mantuvo el CESE al respecto²⁵⁸, el PME no se configura así en la actualidad. El PME se conforma de una sola fase. Es decir, el deudor puede oponerse una única vez y es en la fase en la que tiene conocimiento de que existe una orden de pago en su contra, pero no podrá oponerse posteriormente en la fase de ejecución, ya que ésta se configura en el PME como automática²⁵⁹. En gran medida dicha estructuración es consecuencia de esas normas mínimas sobre notificación que se incluyen en el RPME en sus arts. 13 a 15. Dichas normas son una copia de las que se recogen en el RTEE para la notificación. A pesar de que la mejor opción no hubiera sido que el legislador hubiera optado por una copia del RTEE, es preferible la versión que se aprobó finalmente que la que se recogía en un primer momento.

101. Por lo tanto, el *modus operandi* que el órgano jurisdiccional que debe notificar un REP debe tener presente es que la notificación se rige por la *lex fori* pero siempre debiendo seguir alguna de las formas previstas en los arts. 13 a 15 RPME con independencia del país (miembro o no) en el que se encuentre el domicilio del deudor²⁶⁰. Esto no implica que los Estados miembros deban modificar su legislación nacional sino que simplemente deben tener en cuenta algunas de las diferentes formas de notificar que se recogen en los arts. 13 a 14 RPME²⁶¹.

3. Las vías para notificar un requerimiento europeo de pago previstas en el PME

102. Como ya se ha apuntado, el PME no regula de forma exhaustiva y pormenorizada la notificación. Sin embargo, sus disposiciones al respecto son unas normas mínimas que los Estados miembros deben seguir cuando apliquen la *lex fori*²⁶². Estas normas por mínimas que fueran implicaron un paso importante, ya que no dejó de ser una aproximación entre los Estados miembros sobre este particular. Aún así las formas de notificar que se recogen en el RPME parten de una premisa y es que se conoce la dirección del deudor o se una dirección donde se le podría encontrar. De este modo, si no se conoce exactamente la dirección o una dirección donde se le pueda localizar no va a ser posible utilizar el PME²⁶³.

103. El considerando 20 RPME señala que “*todos los métodos de notificación enumerados en los artículos 13 y 14 se caracterizan por ofrecer bien una certidumbre total (artículo 13) o bien un alto grado de probabilidad (artículo 14) de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario*”.

104. Las vías para notificar un REP al deudor serían las siguientes:

4. 1) *Notificación con acuse de recibo*(art. 13 RPME)²⁶⁴. Las diferentes opciones que se plantean en esta modalidad son las que presentan la mayor certeza de que el demandado ha sido notificado. Dichas opciones que tendría a su disposición el órgano jurisdiccional serían las siguientes:

a) La notificación personal acreditada por acuse de recibo. En la misma debe constar la fecha de recepción y debe ir acompañada de la firma del demandado;

²⁵⁸ *Vid.*, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo”, DOUE C 221 de 8 de septiembre de 2005. En relación a los aspectos a mejorar de dicha la primera propuesta de RPME *vid.* J.P. CORREA DELCASSO, “Comentarios a la Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo”, *La Ley*, Año XXV, núm. 6133, de 23 noviembre 2004.

²⁵⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 226.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 187.

²⁶¹ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 120.

²⁶² STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartado 49.

²⁶³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 120.

²⁶⁴ Sobre este particular en la doctrina, *vid.*, J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio*, pp. 67 y 68; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 191; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 106; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio*, p. 127.

- b) La notificación personal acreditada por un documento, firmado y fechado por la persona competente que la haya realizado. En dicho documento debe constar que el demandado recibió el documento o que se negó a recibirlo sin motivo legítimo²⁶⁵;
- c) La notificación se realiza por correo o por medios electrónicos como el correo electrónico. Dicha notificación queda acreditada mediante acuse de recibo, el cual se firma, se fecha y se reenvía por el demandado.

Ejemplo práctico: La señora Brennan, con domicilio en Valencia y nacional irlandesa, ha recibido una notificación por correo certificado en la que se la informa de que existe un REP en su contra dictado por juez español. En la orden europea de pago se le precisa que debe 12.000 euros a una empresa con sede en Marsella (Francia). La señora irlandesa ha rechazado aceptar la notificación, no la quiere firmar y se considera no notificada. De este modo, ella estima que al no aceptar la notificación el REP no podría ejecutarse de ningún modo. **Solución:** La deudora se equivoca. Se le ha remitido la notificación de un REP mediante una de las vías de notificación recogidas en el art. 13 RPME pero no ha querido aceptarla quedando constancia de su negativa. Una vez que el órgano jurisdiccional compruebe que la demandada no ha querido por su propia voluntad tener conocimiento, debe considerarse que la notificación ha sido realizada. Transcurridos 30 días desde la notificación sin oposición del deudor, el REP será ejecutivo.

105. 2) Notificación sin acuse de recibo (art. 14 RPME). Esta opción es más compleja, señalando algún autor su falta de necesidad pero que por cuestiones de política legislativa se tuvo que incluir²⁶⁶. La complejidad de esta forma de notificar se deriva de que fehacientemente no se sabe si el deudor ha sido notificado. Es muy probable que sí debido a que la notificación ha llegado a su entorno pero depende de la diligencia que muestre el demandado²⁶⁷. Las vías de notificación que se recogen en el art. 14 RPME son²⁶⁸:

- a) La notificación personal, en el domicilio del demandado, a personas que vivan en la misma dirección que este, o que estén empleadas en ese lugar;
- b) La notificación personal, en el establecimiento comercial del demandado, o a personas empleadas por él, esto podría tener lugar cuando el demandado es trabajador por cuenta propia o una persona jurídica;
- c) El requerimiento se deposita en el buzón del demandado;
- d) El requerimiento se deposita en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y se deja notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado. En dicha notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes;
- e) La notificación se realiza por correo sin acuse de recibo con arreglo al art. 14 apartado 3 cuando el demandado esté domiciliado en el Estado miembro de origen;
- f) La notificación es por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

Como consecuencia de que estas formas de notificación que se recogen en el art. 14 dejan la duda de si verdaderamente el deudor ha sido notificado, el mismo precepto en sus apartados 2 y 3 establece una serie de requisitos adicionales para afianzar esa probabilidad. Los requisitos son:

²⁶⁵ AAP Valencia, nº 168/2018, ECLI:ES:APV:2018:2447A, FD 3º.

²⁶⁶ J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio*, p. 68.

²⁶⁷ Vid. S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 192.

²⁶⁸ J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio*, p. 68, autor que considera y compartimos completamente que se recogen más formas de notificación de las que son necesarias.

- 1) El domicilio del demandado se debe conocer con certeza para practicar algunas de las notificaciones del art. 14.1 RPME. Esto hace que no se pueda notificar al demandado mediante la vía edictal, por ejemplo. La cual se ha permitido en el ordenamiento jurídico español, existiendo jurisprudencia a favor y en contra de esa vía de notificación, pero que en ningún caso se podría utilizar en el caso del RPME²⁶⁹.
- 2) La persona competente que ha realizado la notificación debe dejar constancia bien de:
 - i) Un documento firmado con los siguientes extremos: a) La forma utilizada en la notificación; b) La fecha de la notificación; c) En el caso de que la notificación se haya efectuado a una persona diferente al demandado, dejar constancia de ello y precisar su relación el demandado; o
 - ii) Un acuse de recibo de la persona diferente al demandado que ha recibido la notificación.

106. Una cuestión a abordar es si existe prelación entre las vías de notificar del art. 13 y las del 14 RPME. En otras palabras, si el órgano jurisdiccional debería primero tener en cuenta las opciones del art. 13 RPME donde se persigue notificar al demandado personalmente y sólo en el caso de que fracasen dichas vías pasar a las del art. 14 RPME. Este es un aspecto que resolverá la *lex fori*, y por lo tanto, dependerá de cada Estado miembro²⁷⁰. Aunque hubiera sido interesante que el legislador hubiera previsto una jerarquía entre los arts. 13, 14 y 15²⁷¹, siendo superior jerárquicamente el art.13 sobre el resto, no se hizo. Esa prelación en las formas de notificación sí se tuvo presente en los trabajos preparatorios del RTEE, sin embargo, en la versión final que se aprobó no, ya que las formas de notificación de los arts. 13 y 14 RTEE tienen carácter alternativo²⁷².

107. Otra cuestión a tener en cuenta es el idioma en el que debe realizarse la notificación. Ésta se realizará en el idioma del órgano que emite el REP. En el caso de que el deudor desconociera el idioma en el que se le está notificando podría negarse a recibir la notificación, así se establece en el art. 12 Reglamento 2020/1784 (antiguo 8 R. 1393/2007).

108. Un particular que el RPME no precisa es sobre la interrupción de la prescripción. Para una respuesta al respecto se deberá acudir a los Derechos procesales de los Estados miembros en virtud del art. 26 RPME²⁷³. La consecuencia es que esta solución implica falta de uniformidad en la aplicación del RPME y una mayor inseguridad jurídica para el acreedor, ya que ésta es una cuestión que le afecta plenamente.

5. La posición del TJUE sobre la notificación en el PME

109. Como hemos estudiado, la notificación en el PME juega un papel muy importante. Es uno de los aspectos claves del proceso debido a que de ella depende en gran medida de que cobre el acreedor. Lo hemos visto, la notificación, importa, y cómo se realiza afecta de lleno al curso del proceso, ya que de ella depende que el deudor pueda hacer valer su oposición y decidir si se defiende. Sin embargo, la regulación que realiza el PME de la notificación no es del todo acertada. *Ad ex.* hay vías de notificación que desde nuestro punto de vista no se deberían permitir. Prueba de que es una cuestión clave pero que plantea dudas al operador jurídico es que el TJUE ha tenido que resolver en más de la mitad de las resoluciones que ha dictado sobre el RPME sobre cuestiones relacionadas con la *notificación del deudor* del REP.

²⁶⁹ AAP Lérida 5 febrero 2010, 20/2010, ECLI:ES:APL:2010:163A,FD 3º.

²⁷⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 193.

²⁷¹ Vid. T. RAUSCHER, *Das Europäische Vollstreckungstitel...*, p. 41.

²⁷² Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo...*, p. 129.

²⁷³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 122.

El TJUE ha precisado que en lo relativo a la notificación o traslado de un requerimiento europeo de pago se debe aplicar lo dispuesto en el Reglamento nº 1393/2007²⁷⁴. De este modo, el propio REP y el documento de la notificación deben traducirse en un idioma que el demandado conozca en atención al art. 8 del R. 1393/2007. Además en esa notificación o traslado se deberá acompañar con el formulario II del R. 1397/2007 una comunicación donde se le comunique al demandado que tiene derecho a negarse a aceptar el documento que se le pretende notificar o trasladar²⁷⁵. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del órgano jurisdiccional no implicaría la nulidad del REP ni tampoco del procedimiento de notificación o traslado²⁷⁶. El TJUE considera que ese tipo de incumplimiento es formal y que por lo tanto, la consecuencia debe ser la subsanación por parte del órgano jurisdiccional. Así, el efecto para el demandado no es la posibilidad de revisión del REP en atención al art. 20 RPME. En el caso de que esta irregularidad en el procedimiento exista el plazo para que el demandado pueda oponerse al REP en atención al art. 17 no empieza a correr y por lo tanto el REP no podría desplegar todavía efectos ejecutivos²⁷⁷.

110. Estudiada la importancia de la notificación para salvaguardar los derechos de defensa del deudor, cabe preguntarse qué sucede si al demandado no se le notifica el REP en atención a algunas de las formas que contemplan los arts. 13 a 15 RPME. *Ad ex.* se le ha notificado pero una dirección que no es la actual²⁷⁸. El TJUE tuvo que pronunciarse sobre las posibilidades legales en atención al RPME que tenía un deudor cuando no había tenido constancia de que se emitía un REP en su contra y se da cuenta meses después cuando el REP se va a ejecutar²⁷⁹. En este escenario, el TJUE considera que al no recibir la notificación el deudor conforme a unos requisitos mínimos que exige RPME, éste no tiene la información necesaria para poder oponerse al REP en atención a los arts. 16 y 17 RPME²⁸⁰. En este escenario el REP tampoco podría desplegar efectos ejecutivos en atención al art. 18²⁸¹. El demandado tampoco podría invocar el proceso de revisión del art. 20 RPME. Esto es así porque la revisión está prevista en circunstancias taxativas donde la notificación ha tenido lugar en atención a alguna de las vías que precisan los arts. 13 a 15 RPME²⁸². De este modo, si el demandado no ha sido notificado siguiendo esos criterios mínimos que exige el RPME, tendrá el derecho de invocar esa irregularidad ante el juez del Estado que ha dictado el REP²⁸³. Sin embargo, el RPME no precisa cómo se regula ese recurso en esa situación tan concreta en la que queda el deudor, el TJUE lo soluciona de una forma muy previsible, acudiendo al art. 26 RPME²⁸⁴. De este modo, cuando el demandado no sepa que existe un REP en su contra debido a falta de notificación en atención a los arts. 13 a 15 se podrá oponer a dicho requerimiento pero dicha oposición se registrará por la *lex fori*.

111. Pero llegados a este punto cabe plantearse qué precisa esa *lex fori* en esta situación, en particular, en atención al Derecho procesal español. El TS ha tenido la oportunidad de aplicar esta doctrina del TJUE en su sentencia de 9 de octubre de 2015²⁸⁵. En la misma, el alto tribunal español señala que cuando se trata de notificaciones que no llegan al deudor debido a que se realizan en domicilios que no eran realmente los suyos se trata de un vicio de procedimiento, y que por lo tanto, se debe seguir el procedimiento de audiencia al rebelde en atención a los arts. 501 a 508 LEC²⁸⁶. Sin embargo, no procede

²⁷⁴ STJUE 6 septiembre 2018, C-21/17, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:675, apartado 40.

²⁷⁵ *Ibidem*, apartado 43.

²⁷⁶ *Idem*, apartado 49.

²⁷⁷ STJUE 6 septiembre 2018, C-21/17, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:675, apartado 57.

²⁷⁸ Para la AP de Valencia en su auto nº 168/2018 de 15 de junio de 2018, ECLI:ES:APV:20182447A, FJ 3, esa situación no tiene lugar cuando al deudor se le ha notificado el REP mediante correo certificado con acuse de recibo a una dirección facilitada por el demandante y queda acreditado que el demandado no ha querido recoger esa notificación, tiene constancia de la misma pero no quiere por su propia voluntad tener conocimiento del REP.

²⁷⁹ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144.

²⁸⁰ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartado 42.

²⁸¹ *Ibidem*, apartado 48.

²⁸² *Idem*, apartado 44.

²⁸³ *Idem*, apartado 49.

²⁸⁴ *Idem*, apartado 45.

²⁸⁵ TS 9 octubre 2015, nº 565/2015, ECLI:ES:TS:2015:4285.

²⁸⁶ *Ibidem*, FJ 6.

la misma solución cuando el demandante ha forzado de forma maliciosa que al deudor se le notifique mediante edictos. Esto puede suceder cuando el acreedor conoce el domicilio pero no dice nada al juez, decide callárselo o incluso señalar un domicilio donde tiene constancia que ya el deudor no reside ahí. En este escenario, el TS señala que se debería acudir a la vía que recoge la LEC para la revisión de las sentencias firmes, en concreto a los arts. 509 a 516²⁸⁷.

XI. La posición del demandando ante un REP

1. Introducción

112. El TJUE ha establecido que el procedimiento de oposición al REP (arts. 16 y 17 RPME) y el procedimiento revisión (art. 20 RPME) comparten un aspecto en común y que ambos entrarían en escena cuando el demandado ha sido notificado de forma real y fehaciente en atención a las normas mínimas que contempla el RPME²⁸⁸. El demandado cuanto recibe la notificación de un REP en su contra podría²⁸⁹:

- 1) Pagar;
- 2) Oponerse;
- 3) No pagar ni tampoco oponerse.

4. El pago de la deuda por parte del demandado

113. Una de las opciones con las que cuenta el demandado cuando tiene constancia de un REP es pagar. A pesar de que esta opción es la más positiva para el PME ya que cumple con el objetivo primordial en el que se basa: el cobro efectivo y ágil de las deudas transfronterizas, no hay regulación al respecto en el Reglamento. Las razones pueden ser variadas pero una de ellas es que en ningún proceso monitorio nacional se regula nada sobre el pago²⁹⁰, salvo en el proceso monitorio español²⁹¹. El hecho de que no exista ninguna precisión al respecto puede generar problemas en la práctica, ya que hay cuestiones a tener en cuenta sobre las que no se señala nada en el RPME y ante eso se deberá acudir a la *lex fori* (art. 26 RPME). De este modo, cabría preguntarse cuáles son esos aspectos que deberían preocupar al deudor que decide pagar, a nuestro parecer serían:

- 1º) *La forma del pago.* Aunque el RPME no señale nada, una forma de pago en la que piensa el legislador europeo al elaborar la norma es la transferencia bancaria²⁹², de ahí que el acreedor deba señalar su cuenta bancaria en el formulario de solicitud.
- 2º) *Acreditación del pago.* La *lex fori* será la que determine este importante aspecto, el cual permite que se ponga fin al PME.
- 3º) *La posibilidad de un pago parcial.* La cuestión que cabe plantearse es si el deudor podría pagar parte de la deuda que se le reclama y a la vez oponerse sobre la parte que no abona. La doctrina ha mostrado su parecer al respecto señalando que no sería posible articular esta opción en el RPME²⁹³. Por lo tanto, el acreedor paga o se opone, pero no podría mantener ambas posiciones. Uno de los argumentos para mantener esta posición es el origen de la deuda, el cual suele obedecer a la causa que precisa el acreedor de forma escueta en el formulario.

²⁸⁷ TS 9 octubre 2015, nº 565/2015, ECLI:ES:TS:2015:4285, FJ 6.

²⁸⁸ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartados 42 y 44.

²⁸⁹ *Vid.*, en la doctrina, J.P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio...*, pp. 70-79; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 196-209; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, pp. 123-127;

²⁹⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 197.

²⁹¹ El art. 817 LEC.

²⁹² A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 123.

²⁹³ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 123. *Vid.* también L. GÓMEZ AMIGO,

De este modo, en principio el origen de la deuda va a ser el mismo, por lo que no es posible en el PME oponerse y pagar al mismo tiempo.

5. La oposición del demandado al REP

A) Aproximación inicial

114. El demandado puede oponerse al REP utilizando el modelo de Formulario F del Anexo VI dentro de 30 días naturales desde que se le notifica²⁹⁴. El uso del formulario en esta parte del PME es una opción, no una obligación. El demandado puede oponerse sin alegar los motivos en los que basa su oposición (art. 16.3 RPME). Esto sucede igual con el acreedor, el cual como ya hemos visto, no tiene que fundamentar su posición para iniciar un PME.

La única obligación formal que debe seguir el demandado es que la oposición debe ser por escrito y se debe expresar con claridad²⁹⁵.

B) Los requisitos a tener presente por el deudor que desea recurrir un REP

115. La fase de oposición es una fase importante dentro del PME. Como hemos destacado anteriormente, el PME se configura para que el deudor sólo tenga una posibilidad de oponerse, pasada ésta, o se discute la deuda en un proceso ordinario o se convierte en un crédito con carácter ejecutivo. Por lo tanto, esta fase se desarrolla en el PME de forma flexible y sin demasiadas formalidades debido a que se deben garantizar los derechos de defensa del deudor a la hora de plantear su oposición²⁹⁶. No se puede obviar que si al acreedor no se le exigen demasiadas formalidades para reclamar el crédito en el RPME, *ad ex.* no se le exige probar o justificar el crédito de forma detallada, al deudor no se le puede exigir que justifique de forma pormenorizada los motivos de su oposición. De hecho, podría oponerse sin precisar sus motivos debido a que no se exige en el RPME²⁹⁷. De este modo, los criterios que pueden hacer que una oposición no prospere serían por cuestiones de forma y no de fondo. De este modo, el órgano jurisdiccional que deba revisar una oposición de REP debe olvidarse de su proceso monitorio nacional²⁹⁸ y tener muy en cuenta que en el PME el escrito de oposición no requiere motivación alguna. Esto es una diferencia con el proceso monitorio español, en el cual el art. 815.1 LEC se precisa que es necesario que se fundamente esa oposición²⁹⁹.

116. Los criterios *formales* a tener presente son³⁰⁰:

- La oposición se debe presentar ante el órgano jurisdiccional que emite el REP.
- La forma de oponerse puede ser el Formulario F del anexo VI o mediante otro escrito. Existe libertad formal a la hora de presentar la oposición. Desde nuestro punto de vista, recomen-

²⁹⁴ Considerando 28.

²⁹⁵ Considerando 23.

²⁹⁶ *Vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 198.

²⁹⁷ STJUE 22 octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715, apartado 40. En la jurisprudencia española, *vid.* AAP Valencia 29 julio 2019, 246/2019, ECLI:ES:APV:2019:3417A, FD 2º; AAP Madrid 22 octubre 2019, nº 268/2019, ECLI:ES:APM:2019:6505A, FD 5º.

²⁹⁸ Sobre este particular la doctrina apunta las divergencias entre los procesos monitorios nacionales, *vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 201.; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 125. La realidad es que así es, mientras en países como Portugal, Italia o Luxemburgo es necesario una exposición de los motivos en los que se basa la oposición, en otros como en Suecia, Francia o Alemania no es necesario señalar nada al respecto, sólo expresar la mera oposición a la orden de pago.

²⁹⁹ AAP Córdoba 10 noviembre 2020, nº 392/2020, ECLI:ES:APCO:2020:634A, FD 1º, donde se pone de manifiesto que la motivación que ofrece el deudor en su escrito de oposición, textualmente “*Inexistencia de la deuda. Mi representado no debe cantidad alguna al actor; por ningún concepto*” no es suficiente en atención al art. 815 LEC. En el Auto el tribunal señala que sobre este particular es más exigente el citado art. 815 LEC que el RPME.

³⁰⁰ La doctrina ya los ha destacado anteriormente, *vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 198-202; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, pp. 124-125.

- ríamos el uso del formulario. Evita que al deudor se le pueda olvidar algún requisito formal necesario para la admisión de la oposición.
- El deudor debe plantear la oposición en un plazo determinado. Dispone en atención al art. 16.2 RPME de 30 días desde la notificación del REP. Este plazo lo valoramos de forma positiva, a diferencia de en otras partes del PME, aquí el legislador optó por señalar un plazo concreto. Esto se debe a que este plazo es un aspecto clave del PME y no se podía dejar a lo que dispusiera la *lex fori* debido a la gran disparidad entre los Estados miembros³⁰¹. Estas discrepancias no sólo se referían a diferencias en los plazos. Las mismas eran más profundas y eran consecuencia de la diversidad de los procesos monitorios nacionales entre unos Estados y otros. Con el objetivo de unificar lo máximo posible este particular entre los Estados miembros, los 30 días a computar son naturales y el propio RPME en su considerando 28 precisa que a efectos del cálculo de los plazos se debe tener en cuenta el *Reglamento n° 1182/71*³⁰². En definitiva, el plazo que recoge el PME de 30 días naturales es un plazo que cumple bien con la protección de los derechos de defensa del deudor y al mismo tiempo con la garantía de que el acreedor no se vea envuelto en un proceso lento y tedioso.
 - El escrito de oposición debe incluir la firma del deudor o de su representante (art. 16.4 RPME). En el caso de que se trate de firma electrónica se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el R. 910/2014.

117. En definitiva, los motivos que pueden llevar al órgano jurisdiccional a no admitir la oposición son de forma y básicamente serían bien que el escrito de oposición no cuente con la firma del deudor o su representante o que no se hayan cumplido los plazos previstos.

Ejemplo práctico: La empresa AZULEJIX con sede en Almazora (Castellón) se dedica a la fabricación de todo tipo de azulejos. La empresa castellanense tiene un proveedor, el cual es una empresa constructora con sede estatutaria en Portugal, que le reclama 120.000 euros mediante un PME ante tribunales españoles. AZULEJIX considera que dicha deuda no la debe y que es un antiguo socio de la empresa el que debe pagarla, ya que es el que la contrajo con la empresa portuguesa. Ante la notificación de la orden europea de pago, AZULEJIX se plantea oponerse. Sin embargo, teme no poder justificar los motivos de su oposición. **Solución:** AZULEJIX no tendría que preocuparse del fundamento de su oposición, así lo señala el art. 16.3 RPME. El escrito de oposición debe ser claro y para ello puede utilizar el Formulario F del Anexo VI o utilizar otro documento que permita expresar su oposición ante el órgano jurisdiccional que emite el REP. Bien en el Formulario o en el escrito de oposición es importante que conste la firma del deudor o de su representante y que se remita dentro de los 30 días naturales que señala el art. 16.2 RPME. El órgano jurisdiccional que recibe la oposición no puede controlar nada más, no puede exigir ninguna motivación ni requisito sustancial, en el caso de hacerlo estaría vulnerando el Derecho europeo, y en particular, el Reglamento sobre PME.

C) Los efectos de la oposición del demandado

118. La primera consecuencia que deriva de la oposición del deudor es que el PME acaba. Esto implica que el REP no se convierta en un título ejecutivo. Esta oposición hace que dos escenarios puedan surgir y que el acreedor debería haber valorado, estos son:

- a) *Escenario 1.* Se inicia un litigio en atención a un proceso civil ordinario. El traslado al proceso civil ordinario se llevará a cabo en atención a la *lex fori* (art. 17.2 PME). El legislador europeo no reguló este particular debido a la disparidad de regulaciones entre los ordena-

³⁰¹ Vid. S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 199.

³⁰² DOCE núm 124, de 8 de junio de 1971.

mientos nacionales. Esto básicamente se debía a dos cuestiones³⁰³: 1) el papel que juega el requerimiento europeo de pago una vez el demandado se opone; 2) la remisión al proceso ordinario. En relación al primer aspecto, mientras que para algunos ordenamientos como el español o el francés, el requerimiento de pago se convierte en el objeto del posterior proceso ordinario, debiendo determinar la sentencia derivada de dicho proceso si el requerimiento de pago se mantiene o se anula. En otros ordenamientos como el alemán o el sueco, sin embargo, la oposición del deudor anula directamente el requerimiento de pago y en el proceso ordinario no se tiene presente la existencia de un proceso monitorio. Respecto al segundo aspecto, hay ordenamientos donde se exige que la remisión al proceso ordinario requiera de una segunda demanda, mientras que en otros, la remisión es automática. El legislador europeo aunque delegó estas cuestiones a la *lex fori* no renuncia a plantear su posición y así la precisa en el considerando 24. Así señala en el mismo que el escrito de oposición implica el fin del PME y supone el traslado automático del asunto al proceso civil ordinario del tribunal que emitió el REP. Esta es la solución verdaderamente más ágil, rápida y menos costosa³⁰⁴, no obstante, va a depender del Derecho de cada Estado miembro. Esta posición que muestra el legislador en dicho considerando 24 tiene toda su lógica en relación a cómo se regula la competencia judicial internacional en el art. 6.1 RPME. Debido a que este particular se ha remitido al Reglamento Bruselas I *bis*, los tribunales del Estado que emiten el PME también serán competentes para dirimir un proceso sobre el fondo del asunto, evitando que el tribunal del Estado X sea competente para emitir el REP pero no lo sea para resolver sobre el proceso civil ordinario y deba conocer el tribunal del Estado Y.

- b) *Escenario 2.* La reclamación de la deuda acaba con el PME. Esto sucede cuando el demandante ha marcado la casilla en el formulario donde se expresa que ante la oposición del demandado su deseo es de no continuar la reclamación en un proceso civil ordinario. El PME presente diferentes ventajas pero una muy clara es el ahorro de dinero. El demandante puede estar dispuesto a reclamar la deuda vía PME pero no ante un proceso civil ordinario cuando se trata de una deuda de escasa entidad, por eso tiene la opción de señalarlo en el formulario de solicitud del REP³⁰⁵.

En atención al Derecho procesal español, el traslado es automático si la cuantía que se reclama no excede de 3.000 euros (art. 812 LEC). Sin embargo, si la cuantía excede de dicha cantidad, la remisión del PME al proceso civil ordinario va a depender de si el demandante quiere continuar o no, el juez emplazaría al acreedor a que interponga una demanda en el plazo de un mes (art. 818.2 LEC)³⁰⁶.

Ejemplo práctico: La señora Rogers, nacional irlandesa y residente en Dublín, ha interpuesto una PME contra una señora española residente en Alicante. Rogers argumenta que la mujer española fue su inquilina y no le pagó los tres últimos meses de alquiler. El total de la deuda asciende a 9.000 euros. Sin embargo, la exinquilina se opone al PME. La señora irlandesa se pregunta si existe relación entre el PME y el proceso ordinario en el que va a reclamar el alquiler, dudando en particular sobre el hecho de si determinados argumentos que presentó en el PME la vincularían también en el proceso ordinario y si necesita presentar una demanda para iniciar el proceso subsiguiente. **Solución:** La señora Rogers debe tener presente que el legislador europeo no ofreció respuesta alguna sobre la relación entre el PME y el proceso ordinario subsiguiente. Por lo tanto, esta es una cuestión que deberá resolverse conforme a la *lex fori*. En atención al ordenamiento jurídico español, los argumentos que presentó la demandante para justificar su deuda en el PME no la vinculan, puede presentar nuevos argumentos para apoyar su posición, ya que son dos procesos diferentes. En relación a si el paso del PME al proceso ordinario es

³⁰³ *Vid.*, Libro Verde sobre PME y el PEEC, pp. 40-41.

³⁰⁴ Aunque hay doctrina que considera que esa automaticidad puede dar lugar a demandas temerarias, *vid.* al respecto, M^a. I. GONZÁLEZ CANO, *Proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 110.

³⁰⁵ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 205; L. MORENO BLESAS, "El proceso monitorio europeo...", p. 101.

³⁰⁶ *Vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 204.

automático es necesario atender en el ordenamiento jurídico español a la cuantía que se reclama. De este modo, si la cuantía no excede de 3.000 euros, el paso al proceso ordinario es automático. Sin embargo, como en este caso, cuando la cuantía que se reclama es superior a 3.000 euros, el juez emplaza a la parte demandante para que interponga una demanda en el plazo de un mes (art. 818.2 LEC).

D) La actitud pasiva del deudor

119. Otra opción habitual seguida entre los deudores es no hacer nada. Es decir, adoptar una actitud pasiva. Ni paga ni se opone. Sin embargo, esa actitud del deudor no resulta ser algo negativo para el acreedor, muy al contrario. Esto es así porque transcurridos los 30 días naturales de los que dispone el deudor para oponerse, el REP pasaría a ser directamente ejecutivo (art. 18 RPME) y tendría efectos de cosa juzgada.

120. Sobre el primer efecto, el carácter ejecutivo, es posible porque a diferencia ordenamientos jurídicos como el alemán donde el proceso monitorio se regula en dos fases, el PME se concibe en una sola. En otras palabras, el deudor sólo puede oponerse una única vez, y si no lo hace, el REP es ejecutivo tanto en el ordenamiento del foro como en otros Estados parte del Reglamento. Un aspecto clave del PME es esa facultad de que el REP pueda desplegar efectos ejecutivos en Estados partes diferente al que se dicta sin necesidad de superar un procedimiento de exequatur.

121. En relación al efecto de cosa juzgada, el RPME no se pronuncia al respecto, aún así la doctrina considera que ese efecto lo ostenta el REP ejecutivo³⁰⁷. Esto implica tanto que se pone fin a la disputa entre las partes como que no se puede volver a examinar la orden europea de pago en otro procedimiento judicial posterior. Una pregunta que cabe hacerse debido a la usencia de una

122. Para que el REP ostente los efectos señalados anteriormente el órgano jurisdiccional debe comprobar que el deudor no se ha opuesto al REP en el plazo previsto y verificar fecha de la notificación (art. 18.1 RPME). Hay doctrina que ha criticado que el órgano jurisdiccional sólo controle la fecha de notificación como requisito para expedir el REP ejecutivo y no tenga en cuenta también <<la forma>> en la que se ha notificado al deudor³⁰⁸. El control de la forma en la que se ha realizado la notificación permitiría saber si se han cumplido las exigencias mínimas y comprobar si el deudor verdaderamente conoce que existe un REP en su contra. La crítica reside en que recaería en el demandado la carga de hacer constar que la notificación ha sido irregular. Desde nuestro punto de vista, es acertado que el juez compruebe únicamente la fecha de notificación, otro tipo de comprobaciones haría que el proceso se alargara y no se pudiera cumplir el mandato del legislador europeo de que el PME debe ser ágil y rápido y que el acreedor pueda cobrar su deuda de forma efectiva antes que en un proceso civil ordinario.

XII. La posición del consumidor en el proceso monitorio europeo

123. El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un aspecto relativo al PME que no estaba nada claro en el Reglamento pero que es de especial importancia para el consumidor cuando ocupa la posición de deudor. El asunto al que nos referimos es el conocido como *Bondora*³⁰⁹. Este caso

³⁰⁷ L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas...*, p. 161; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 208.

³⁰⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 206.

³⁰⁹ STJUE 19 diciembre 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118. Para comentarios sobre esta sentencia *vid* A. BERTHE/A. RIGOLET, "Aitôt « Bondora » : injonction de payer européenne et protection du consommateur", *Journal de droit européen*, n° 3, 2020, pp. 105-110; F. ESTEBAN DE LA ROSA, "La sentencia Bondora o 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*, n° 81, marzo 2020, pp. 1-16; L. PAILLER, "La réécriture consumériste de l'office du juge saisi d'une d'injonction de payer européenne" CJUE 19 déc. 2019, aff. jtes C-453/18 et C-494/18, *Revue critique de droit international privé*, N° 2, 2020, pp. 324-333; C. SANTALÓ, "Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers' substantive rights", *CDT*, Vol. 12, n° 2, pp.

es consecuencia de dos cuestiones prejudiciales que remiten al TJUE dos juzgados españoles³¹⁰. En esencia, ambos jueces le preguntan al TJUE si en atención al art. 7.2 letras d y e RPME y a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 se puede solicitar al demandante de un REP en relación a una reclamación de una deuda contra un consumidor información complementaria sobre las cláusulas contractuales para que el juez pueda saber si ha existido abuso por parte de la empresa en esa relación contractual.

124. Este particular es de especial importancia debido a que ya el TJUE en el año 2012³¹¹ consideró que en relación al proceso monitorio nacional que los jueces españoles podían examinar de oficio el carácter supuestamente abusivo de determinadas cláusulas de contratos celebrados entre un empresario y un consumidor. Sin embargo, no existía ningún pronunciamiento hasta el caso *Bondora* resolviendo si en el PME los jueces españoles ostentan también esa facultad de solicitar información complementaria en el marco de un PME.

El pronunciamiento del TJUE del año 2012 al que hemos hecho mención ha tenido importantes consecuencias para el ordenamiento jurídico español, en particular destacar dos:

- 1) *Modificación del proceso monitorio nacional.* El legislador español con la Ley 42/2013 modificó la LEC en particular el art. 814 para hacer obligatorio lo dispuesto por el TJUE en el asunto Banco Español de Crédito. Esto ha dado lugar a que el proceso monitorio nacional haya sufrido un importante colapso debido a que los jueces si deben entrar a valorar la abusividad de las cláusulas tardan más en resolver el proceso monitorio³¹².
- 2) *Auge del proceso monitorio europeo.* El hecho de que un juez español esté obligado a examinar en el marco de un proceso monitorio nacional las cláusulas del contrato de las que nace la deuda ha desincentivado a las empresas a utilizarlo. De este modo, los datos han reflejado como el incremento de la utilización del PME ante los jueces españoles se ha incrementado en un 798% en el año 2018³¹³ y en un 395% en el año 2019³¹⁴. No obstante, la realidad es que este auge en el PME no sólo se ha debido en los últimos tiempos en la ausencia de control de cláusulas abusivas para expedir un REP sino también a la cesión de créditos (de consumo, de telefonía, tarjetas de créditos, etc.) a empresas extranjeras³¹⁵. Muchas de ellas titularidad de los conocidos como <<fondos buitres>>.

125. Volviendo de nuevo al asunto *Bondora*, señalar que el TJUE resuelve sin sorpresas siguiendo las conclusiones de la Abogada General SHARPSTON³¹⁶. En definitiva, el TJUE considera que el juez del Estado de origen puede en el marco de un PME solicitar al acreedor que complemente la información en relación al contrato celebrado con el consumidor para verificar las cláusulas en las que se basa para reclamar el crédito y comprobar si son abusivas³¹⁷.

1187-1198; B.ULRICI, “Verbraucherrecht: Überprüfung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen im Rahmen eines Mahnverfahrens : Urteil vom 19.12.2019 – C-453/18, C-494/18 (Bondora AS /Carlos VC ua) Anmerkung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2020 pp. 196-197

³¹⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Vigo el 11 de junio de 2018 y por Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, C-453/18, *Bondora vs Carlos V. C.*

³¹¹ STJUE 14 junio 2012, C618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, apartado 53.

³¹² *vid.* V. FERNÁNDEZ ESCUDERO, “Desafíos para los consumidores ante el uso del proceso monitorio europeo para la reclamación de deudas transfronterizas”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 238.

³¹³ Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2018, p. 15, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Panoramica-de-la-Justicia/> (consultado el 5 de junio de 2022).

³¹⁴ Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2019, p. 15, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Panoramica-de-la-Justicia/> (consultado el 5 de junio de 2022).

³¹⁵ Esto lo apunta la Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, Panorámica de la Justicia durante 2019, p. 15 y también la doctrina *vid.* V. FERNÁNDEZ ESCUDERO, “Desafíos para los...”, p. 239.

³¹⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON, presentadas el 31 de octubre de 2019, ECLI:EU:C:2019:921.

³¹⁷ STJUE 19 diciembre 2019, C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, apartado 50. Entre la jurisprudencia española aplicación esta doctrina *vid.* sin carácter exhaustivo, AAP Bilbao 267/2022, nº 54/2022, ECLI:ES:APBI:2022:267A, FD 2º.

126. Esta solución que aporta el TJUE es muy positiva para los consumidores y va muy en consonancia con sentencias dictadas anteriormente por dicho tribunal que persiguen reforzar la protección del consumidor europeo³¹⁸.

Tras el asunto *Bondora* se puede afirmar que el TJUE marca una diferencia en la aplicación del PME cuando las partes son dos empresas a si se trata de una empresa que reclama la deuda a un consumidor. En este segundo escenario, el hecho de que no exista contradicción en este tipo de proceso y que el deudor tenga conocimiento del REP cuando ya se ha dictado el mismo hace que el deudor tenga una responsabilidad importante. La razón es que el deudor debe ejercer la acción de oposición sí o sí si quiere evitar que el REP se convierta en un título ejecutivo a nivel europeo. Pero para poder plantear esa oposición el deudor-consumidor necesita información y el PME se caracteriza porque el acreedor no tiene obligación de presentar documentación alguna en la que basa su reclamación, sólo los estrictos requisitos que se señalan en el art. 7.2³¹⁹. De este modo, esta interpretación (un tanto forzada para algún autor³²⁰) que realiza el TJUE en el asunto *Bondora* permite que el deudor-consumidor tenga más información que un simple formulario. Esta visión del TJUE facilita que el consumidor pueda conocer sin ningún atisbo de dudas cuál es el origen de esa deuda, y lo que es mejor, el juez si alberga dudas podrá solicitar al acreedor que le facilite más información antes de dictar el REP para dilucidar si esa deuda es consecuencia de una relación contractual donde se han impuesto al consumidor cláusulas abusivas. Es importante tener presente que el momento procesal para el control de esa abusividad de las cláusulas es en el momento de la petición de REP. En fase de ejecución, el tribunal que se encarga de ejecutar el REP no puede revisar el fondo (art. 22.3 RPME)³²¹.

Para concluir, cabe preguntarse en el asunto concreto cómo afecta al consumidor la doctrina *Bondora*, desde nuestro punto de vista, se podrían destacar diferentes escenarios:

- 1) *Las cláusulas son consideradas abusivas.* En ese caso, el juez podría anular el contrato entre la empresa y el consumidor, esto podría hacer que el consumidor pagara menos. Otra consecuencia podría ser no despachar la ejecución, debido a que el consumidor en base a esas cláusulas abusivas ya habría pagado más de lo que le correspondería;
- 2) *Las cláusulas no son consideradas abusivas.* En ese caso el PME podría continuar.

Como ya sostuvimos anteriormente en la presente monografía, la posición del TJUE interpretando el PME de forma que permita garantizar de forma real los derechos del consumidor nos parece adecuada y muy en la línea de la protección que se le persigue brindar al consumidor en la UE. El legislador con el PME intenta que exista un proceso ágil y simplificado para reclamar deudas transfronterizas pero en ningún caso que se perjudique al consumidor. Pero la realidad es tal y como se configura el PME al deudor-consumidor no le favorecería, muy al contrario, el PME está configurado para favorecer al acreedor. De este modo, si el acreedor es escueto en su formulario (que lo será debido a que no tiene obligación de fundamentar su demanda), el deudor-consumidor es probable que no se oponga y acabe pagando. La capacidad de defenderse del deudor-consumidor es poca debido a que para paliar ese *iter* procesal del PME debería contar con un buen asesoramiento jurídico. El cual, siendo realistas, es difícil que se lo pueda permitir un consumidor deudor³²².

El hecho de que el juez pueda en estos casos realizar un control de abusividad protege al consumidor y es una forma real de que los derechos del consumidor no queden en papel mojado. De hecho, como hemos estudiado y el TJUE pone de manifiesto como argumento, no hay que olvidar que el propio proceso monitorio europeo al igual que sucede en el PEEC prevé que el órgano jurisdiccional pida al demandante que rectifique o complemente información mediante el Formulario B del Anexo II. Por eso

³¹⁸ STJUE 13 septiembre 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:711.

³¹⁹ STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, apartado 32.

³²⁰ Vid. F. ALBA CLADERA, "Armonización de la...", pp.1127-1228.

³²¹ Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON, presentadas el 31 de octubre de 2019, ECLI:EU:C:2019:921, apartados 97 y 98.

³²² Muy ilustrativas las Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON, presentadas el 31 de octubre de 2019, ECLI:EU:C:2019:921, apartados 102-110.

consideramos que la interpretación del TJUE no es incoherente, es conciliadora y persigue que ambas normas se puedan aplicar de forma compatible sin necesidad de reformar tan si quiera el Derecho procesal español³²³ debido a la aplicabilidad directa del RPME³²⁴.

XIII. La revisión del requerimiento europeo de pago

1. Introducción

127. En supuestos excepcionales y en atención a causas tasadas, el demandado podrá solicitar la revisión del REP. El proceso de revisión regulado en el art. 20 RPME no se concibe como una segunda oportunidad al demandado³²⁵, no es una oposición. Es una oportunidad para protestar pero no para recurrir el REP³²⁶. No hay que olvidar que una de las exigencias para que esta revisión pueda tener lugar es que el deudor ya no pueda oponerse al REP debido a que el plazo de 30 días ha pasado. Por lo tanto, sobre lo que se está pidiendo la revisión en atención al art. 20 RPME es sobre un REP ejecutivo. Así, esta revisión se entiende excepcionalísima y por motivos tasados. De este modo, *ad ex.*, que el demandado no haya podido oponerse al REP debido a la negligencia de su abogado, el cual se equivoca con el cómputo de los plazos, no sería motivo de revisión en atención al art. 20.2 RPME³²⁷.

Por lo tanto, si el deudor considera que el art. 20 RPME le brinda la posibilidad de volver a plantear cuestiones de forma o de fondo sobre el REP se equivoca. Como ya hemos estudiado, el PME se configura como un proceso monitorio de una fase, no de dos. Cualquier alegación para evitar su ejecutividad es en fase de oposición. Transcurrido dicho plazo el REP es ejecutivo y tiene efectos de cosa juzgada, por lo que las causas que pueden permitir su revisión serán semejantes a las que existen para las sentencias judiciales³²⁸.

128. No obstante, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han entendido el espíritu del legislador, la realidad es que la forma en la que se ha configurado esta fase de revisión excepcional en el RPME es digna de ser criticada³²⁹. Esto es así porque esta parte del Reglamento es de las peores redactadas. La imprecisión en los motivos que se señalan en el art. 20 junto con la inexistencia de criterios procesales que permitan una regulación mínima de la revisión hacen que la aplicación de esta parte tan transcendental del Reglamento, ya que está en juego la propia concepción y configuración del PME, quede al arbitrio no sólo de la *lex fori* sino de cada órgano jurisdiccional que se vea en la tesitura de resolver sobre una revisión del REP.

2. Cuestiones procesales obviadas por el legislador

129. Un aspecto destacado por la doctrina ha sido que el legislador europeo no haya incluido un formulario específico para solicitar la revisión del REP³³⁰. Esa inclusión hubiera facilitado la petición de la revisión. Sin embargo, quizás el motivo de su no inclusión puede ser que al configurarse como una re-

³²³ Así se está haciendo por los tribunales poniendo perfectamente de manifiesto esa relación complementaria entre la Directiva y el RPME, *vid ad ex.* AAP de 17 de diciembre de 2021, nº 341/2021, ECLI:ES:APA:2021:573A, FD 2º.

³²⁴ En la misma línea *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La sentencia Bondora o 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, marzo 2020, pp. 11 y 12.

³²⁵ L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas...*, p. 163; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 118; M^a. I. GONZÁLEZ CANO, *El proceso monitorio...*, p. 120; B. MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio...”, p. 28.

³²⁶ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 210; B. MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio...”, p. 27; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 132.

³²⁷ ATJUE 21 marzo 2013, C-324/12, *Novontech-Zala kft*, ECLI:EU:C:2013:205, apartado 21.

³²⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 210; B. MORA CAPITÁN, “El proceso monitorio...”, p. 28.

³²⁹ J.P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio...*, pp. 79-83; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 211; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio...*, p. 118.

³³⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 218;

visión sólo posible en casos muy contados y excepcionales, no se concebía esa necesidad de incorporar un formulario. Desde nuestro punto de vista, el legislador se equivocó al no incluirlo. Del mismo modo que lo hizo al no prever una mínima regulación procesal donde el demandado pueda saber si necesita aportar prueba, si las partes deben comparecer³³¹ o los plazos con lo que contaría para interponer la revisión en base a los motivos del art. 20 RPME³³².

3. Los motivos en los que se puede basar la revisión

130. El escenario en el concurría dicha revisión del REP ejecutivo se basaría en tres motivos:

1) *Motivo 1* (art. 20.1 letra a RPME). Este primer motivo requiere de diferentes criterios acumulativos, los cuales son:

- El REP se ha notificado al demandado sin acuse de recibo, y
- El demandado no ha contado con tiempo suficiente para preparar su defensa y no se le puede imputar esa responsabilidad. En otras palabras, la notificación ha sido infructuosa y el demandado no ha tenido conocimiento del REP en su contra por motivos que se le puedan atribuir a su persona. La doctrina ha señalado que la redacción de este aspecto no es correcta técnicamente³³³. Esto es así porque lo importante no es que la notificación no se le haya realizado con suficiente antelación sino que el demandado no ha tenido constancia de que la misma existía³³⁴. En este primer motivo, el demandado no ha tenido constancia de que existía un REP en su contra debido a que la notificación ha sido defectuosa.

Ejemplo práctico: La empresa SWAP con sede en Madrid acaba de tener constancia de que un antiguo cliente tiene una orden europea de pago con carácter ejecutivo en su contra por un importe de 5.000 euros. El problema es que el plazo para oponerse al REP ha pasado. SWAP no ha tenido constancia de dicha notificación, ya que no le notificaron personalmente y no ha tenido forma de enterarse de que existía un REP en su contra hasta que prácticamente le avisaron de la ejecución. Aún así, SWAP quiere alegar que no debe tal dinero y que el demandante debería acudir contra el verdadero deudor. Su abogado considera que transcurrido el plazo de oposición, la única opción es acudir a la revisión extraordinaria del art. 20 RPME. **Solución:** SWAP tiene que saber que la revisión del REP es extraordinaria y que sólo caben los motivos tasados recogidos en el art. 20 RPME. Por lo tanto, no es una fase para oponerse al REP. Es una oportunidad para que el deudor pueda hacer constancia de que no ha tenido constancia de que existía un REP en su contra debido a que la notificación ha sido defectuosa. Por lo tanto, SWAP no podrá alegar motivos de fondo en la revisión. Pero sí que podrá hacer constar que el REP se notificó sin acuse de recibo y que debido a esa cuestión procedimental (notificación infructuosa) no tuvo conocimiento del mismo para poder plantear oposición.

2) *Motivo 2* (art. 20.1 letra b RPME). El demandado no ha tenido la posibilidad de impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad. En este motivo, el demandado sí conoce que existe un REP en su contra pero no puede plantear oposición a tiempo por causas ajenas a su voluntad.

Ejemplo práctico: La señora Domínguez nacional española y residente en Badajoz, se ha encontrado hospitalizada durante más de dos meses a raíz de contraer el virus Sars Covid-2. Cuando se encontraba convaleciente en el hospital tuvo constancia de que una empresa francesa le reclamaba vía PME una deuda que ascendía a 2.500 euros. La señora Domínguez quiso presentar oposición al REP pero

³³¹ Vid. al respecto, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 219.

³³² J.M.ARIAS RODRÍGUEZ/ M^a. J. CASTÁN, *Análisis crítico del...*, p. 30.

³³³ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo...*, p. 157.

³³⁴ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 213.

por su estado de salud en aquel momento le resultaba imposible. Ahora ya recuperada, se pregunta si sería posible oponerse al REP. **Solución:** El plazo para presentar oposición al REP conforme al art. 16.2 RPME ya ha transcurrido. Por lo tanto, la oposición ya no es posible. Sin embargo, la señora Domínguez podría alegar que aún teniendo constancia del REP en su contra no puede oponerse debido a una causa ajena a su voluntad y encuadrable dentro del art. 20.1 letra b) RPME. Esta misma visión ha planteado el TJUE en una reciente sentencia de 15 de septiembre de 2022³³⁵. En sus apartados 32 y 33 el TJUE precisa que el art. 20.1. letra b no está pensado para circunstancias excepcionales de carácter sistémico como la pandemia generada por el virus Sars Covid-2, sino para que su aplicación sea posible como en el ejemplo que explicamos para casos excepcionales que afecten de manera individual a una persona. Individuo particular que por sufrir una enfermedad se encuentra hospitalizado y no puede oponerse al REP.

El TJUE consideró en el asunto *Novontech-Zala kft. contra Logicdata Electronic & Software Entwicklungs GmbH* que el art. 20.1 letra b RPME puede ser alegado por el demandante cuando no existe causa de fuerza mayor y basado por tanto en circunstancias extraordinarias si se cumplen tres requisitos acumulativos³³⁶: i) existencia de circunstancias excepcionales; ii) el demandado no ha sido negligente; iii) el demandado ha actuado rápidamente.

También el TJUE consideró en el asunto *Eco Cosmetics*³³⁷ que el demandado no puede invocar el proceso de revisión del art. 20 RPME cuando no se le ha notificado. La revisión que se prevé en dicho precepto se basa en los motivos taxativos precisados en el propio precepto y la falta de notificación no es uno de ellos. Por lo tanto, como ya se estudió en el caso de que el demandado no haya sido notificado en atención a lo dispuesto en los arts. 13 a 15 RPME no implica que se pueda acudir al proceso de revisión del art. 20 RPME sino que se deberá atender a lo dispuesto a la *lex fori* del Estado que ha dictado el REP³³⁸.

Un aspecto compartido en los dos motivos del art. 20.1 RPME es que el deudor debe actuar con prontitud. Sin embargo, cabe preguntarse qué es actuar con prontitud cuando el propio texto del Reglamento no señala nada al respecto. La respuesta diferirá de unos Estados miembros a otros, ya que es una cuestión que queda al arbitrio de la *lex fori* en virtud del art. 26 RPME. La doctrina ha criticado tal falta de regulación³³⁹ y no sin razón, ya que la no especificación de un plazo concreto en el cual debería reaccionar el deudor hace que se genere disparidad en la aplicación del RPME entre los Estados miembros. Lo cual no hace más que dañar a la seguridad jurídica³⁴⁰, y por ende, al ciudadano.

- 3) *Motivo 3* (art. 20.2 RPME). El REP se ha expedido de forma manifiestamente errónea en atención a los requisitos establecidos en el Reglamento o por cualquier otra circunstancia excepcional. La doctrina ha apuntado que este motivo adolece básicamente de dos problemas³⁴¹. Por un lado, la imprecisión temporal. Es decir, cabría preguntarse de cuánto tiempo dispondría el deudor para plantear este motivo. Por el otro, el Reglamento no precisa el tipo de error, si debe ser formal, material, procesal... Lo único que señala es que el error sea manifiesto. Esta redacción tan indeterminada junto con lo recogido en el considerando 25 donde se hace referencia a que una de esas circunstancias excepcionales del art. 20.2 podría ser que el REP se hubiera basado en información falsa, tampoco ayuda, ya que en lugar de aclarar confunde aún más.

Esta redacción ambigua y abierta da lugar a que cada órgano jurisdiccional conforme a su Derecho procesal interno aplique esta parte del Reglamento en atención al caso concreto sin que se pueda garantizar ninguna uniformidad al respecto.

³³⁵ STJUE 15 septiembre 2022, C-18/21, ECLI:EU:C:2022:682

³³⁶ ATJUE 21 marzo 2013, C-324/12, *Novontech-Zala kft*, ECLI:EU:C:2013:205, apartado 24.

³³⁷ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144.

³³⁸ STJUE 4 septiembre 2014, C-119/13 y C-120/13, *Eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartado 49.

³³⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 214. *Vid.* también, J.M.ARIAS RODRÍGUEZ/M^aJ. CASTÁN RODRÍGUEZ, “Análisis crítico del...”, p. 30.

³⁴⁰ El CESE ya advirtió en su Dictamen sobre la Propuesta «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo» (COM(2004) 173 final/3 — 2004/0055 (COD)) (2005/C 221/16)[DOUE C 221/77, de 8 de septiembre de 2005] que incluir la expresión “actuar con prontitud” es muy imprecisa y que podría dar lugar a interpretaciones muy diferentes (apartado 5.7.2), sugiriendo a la Comisión la inclusión de un plazo concreto (apartado 5.7.2.1).

³⁴¹ Sobre este particular *vid.*, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 215-216.

Sobre este motivo de revisión recogido en el art. 20.2 RPME y remarcando que el procedimiento de revisión no es una segunda oportunidad para que el demandado se oponga al REP se pronunció el TJUE en su sentencia de 22 de octubre de 2015³⁴². Básicamente el problema que se planteaba en este asunto era el siguiente: el demandante interpone una solicitud de REP ante un tribunal austriaco y alega que la competencia del tribunal se basa en el foro especial en materia contractual del art. 7.1. del Reglamento Bruselas I (hoy Reglamento Bruselas I *bis*). Al demandado se le notifica fehacientemente en atención al RPME pero no se opone. Sin embargo, pasados los 30 días, el demandado interpone un recurso de revisión en atención al art. 20.2 RPME alegando que el REP se había dictado por un juez incompetente debido a que existía un pacto de sumisión expresa a favor de tribunales belgas que el demandante ocultó³⁴³. El TJUE se ha mostrado estricto a la hora de interpretar el art. 20.2 RPME³⁴⁴. Así, consideró en atención a los objetivos del RPME y como se configura que, no es evidente que el REP se haya expedido de forma errónea en contra del demandado en atención a los requisitos del RPME³⁴⁵ ni tampoco que se haya expedido erróneamente en atención a circunstancias excepcionales³⁴⁶.

El razonamiento del TJUE es que el juez de origen decide sobre su competencia para expedir el REP en atención a la información que el demandante recoge en el formulario de solicitud sin tener que comprobar nada al respecto sobre esa información. Pero eso no significa que el demandado no se puede defender, si quiere impugnar el REP y alegar que la información facilitada por el demandante es falsa lo puede hacer, tiene ese derecho, pero en un momento procesal concreto y es dentro de los 30 días desde que se le notifica el REP³⁴⁷. Una vez finalizado el plazo para ejercer ese derecho de oposición, el demandado no puede utilizar el recurso de revisión como una segunda posibilidad de oponerse al REP³⁴⁸.

El TJUE también ha precisado que el art. 20.2 RPME no se aplicaría por la negligencia o error del abogado del demandado³⁴⁹. En el caso de que el letrado del demandado haya sido negligente y se le haya pasado el plazo de 30 días para presentar oposición es un error derivado a su negligencia pero ni una circunstancia excepcional ni un error imputable al órgano jurisdiccional al dictar el REP³⁵⁰.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, estas resoluciones del TJUE ponen luz a la aplicación del art. 20.2 RPME. Así, tras estas sentencias sabemos que la interpretación debe ser restrictiva y que la actuación negligente bien del deudor o de su propio letrado no se puede considerar uno de los errores a los que se refiere en el apartado segundo del art. 22. Tampoco se consideraría encuadrable en dicho precepto el REP dictado en base a criterios de competencia judicial incorrectos cuando al demandado se le ha notificado satisfactoriamente y no ha manifestado oposición alguna cuando ha tenido la posibilidad de hacerlo. Así, el deudor debe tener claro que alegar el art. 20 RPME es posible pero en base a motivos

4. Los efectos de la revisión

131. El demandado que haya solicitado la revisión extraordinaria del REP puede ante el órgano jurisdiccional de ejecución solicitar la suspensión o limitación del mismo. No olvidemos que el REP es ejecutivo y si no hace algo al respecto, dichos efectos no cambian. Por lo tanto, un demandado podría verse en la situación de tener que acudir al órgano jurisdiccional de origen a formular la revi-

³⁴² STJUE 22 octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715. Para comentarios sobre esta sentencia en la doctrina española *vid.* F.GARAU SOBRINO, “La oposición a un requerimiento europeo de pago emitido por órgano jurisdiccional incompetente. TJUE (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2015, asunto C-245/2014: *Thomas Cook Belgium*”, *La Ley Unión Europea*, Año VI, nº 36, 2016; E. VALLINES GARCÍA, “Proceso monitorio europeo: la revisión de un requerimiento de pago ejecutivo no procede cuando se basa en circunstancias que el demandado pudo haber tenido en cuenta para presentar un escrito de oposición”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 725-736.

³⁴³ STJUE 22 de octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715, apartado 21.

³⁴⁴ Del mismo modo lo ha entendido también este precepto la doctrina, *vid.* S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 216.

³⁴⁵ STJUE 22 de octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715, apartado 43.

³⁴⁶ Apartado 49.

³⁴⁷ STJUE 22 de octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715, apartados 39 y 47.

³⁴⁸ *Ibidem*, apartado 48.

³⁴⁹ ATJUE 21 marzo 2013, C-324/12, *Novontech-Zala kft*, ECLI:EU:C:2013:205.

³⁵⁰ *Ibidem*, apartado 21.

sión (art. 20 RPME) y al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución a solicitar la suspensión de la misma (art. 23 RPME).

Una vez el órgano competente del Estado de origen examina la petición de revisión dos escenarios son posibles

- 1) *Se acepta la petición de revisión.* En ese caso el REP es nulo y quedaría sin efecto (art. 20.3 RPME). El resto de efectos que presentaría un REP nulo se regirían por la *lex fori*³⁵¹. No hay que olvidar el que acreedor siempre puede volver a presentar una nueva solicitud de PME.
- 2) *Se rechaza la petición de revisión.* El REP sigue en vigor manteniendo su carácter ejecutivo en el caso de que no se hayan suspendido sus efectos o recobrándolo en el caso de que así haya sido.

5. La articulación de la revisión del REP en el Derecho procesal español

132. En el proceso monitorio español no existe esta posibilidad de revisión extraordinaria de la orden de pago tal y como se prevé en el RPME. Aún así que no exista no significa que el deudor que quiera plantear la revisión ante tribunales españoles no pueda hacerlo. Para ello se debe atender a los recursos disponibles en nuestro ordenamiento para sentencias firmes. La doctrina ha destacado que dos serían los cauces para solicitar la revisión del REP ejecutivo³⁵²:

- 1) *Recurso extraordinario para la rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde* (arts. 501 – 508 LEC). Se trata de un proceso especial y autónomo que permitiría al demandado rebelde rescindir una sentencia firme y reiniciar el proceso con la posibilidad de formular las alegaciones que no pudo realizar. Este recurso extraordinario sería para el art. 20.1 RPME.
- 2) *El excepcional incidente de nulidad de actuaciones por causa de indefensión* (arts. 225 a 231 LEC). Este incidente se presentaría en el caso del art. 20.2 RPME.

6. Valoración final sobre la revisión del REP ejecutivo

133. Estos motivos en los que se puede basar la oposición son los mismos que se recogen en el Reglamento sobre título ejecutivo europeo. No obstante, el legislador europeo añade otro motivo más en el RPME. El art. 20.2 RPME permitiría que el demandado pudiera plantear una acción de revisión cuando el REP se ha dictado erróneamente bien en atención a lo dispuesto en el RPME o bien en atención a cualquier otra circunstancia excepcional. Como ya señalamos, esta causa extra que recoge el RPME es un motivo que puede poner en peligro la seguridad jurídica, ya que debido a su imprecisión, su aplicación dependerá de cómo se interprete por los órganos jurisdiccionales en cada caso pudiendo implicar una segunda oposición para el demandado.

134. Los motivos de revisión tienen su razón de ser y podría considerarse positivo que el legislador los haya previsto. Es una forma de compensar al deudor y garantizar sus derechos de defensa. También esta revisión permitiría evitar que REP erróneos circulen en el EEE. Sin embargo, aunque la intención es loable, la puesta en práctica es mejorable y debería ser objeto de cambio debido a que tantos aspectos sustantivos y procesales sin precisar y al arbitrio de la *lex fori* hacen que su aplicación en la práctica pueda acabar perjudicando a la seguridad jurídica dando lugar a una aplicación muy desigual entre Estados miembros.

³⁵¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 218.

³⁵² S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 220; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 143.

XIV. La ejecución del requerimiento europeo de pago

1. Aproximación inicial

135. Una vez el REP es ejecutivo, es decir, han transcurrido los 30 días para que el demandado se oponga y no lo ha hecho, y tampoco ha pagado, despliega los mismos efectos en todos los Estados miembros parte del RPME. La orden europea de pago ostenta los efectos procesales típicos derivados del reconocimiento -efectos procesales- y del *exequatur* -efectos ejecutivos-³⁵³. Por lo tanto, el REP es ejecutivo directamente sin necesidad de superar ningún examen que le certifique esa ejecutividad (art. 19 RPME) como sucedería con el título ejecutivo europeo. La diferencia entre el REP y el TEE es clara. El REP se deriva de un proceso monitorio europeo armonizado. Es decir, la declaración de ejecutividad que realiza el órgano jurisdiccional con el REP es una resolución judicial europea. Sin embargo, el TEE, como ya hemos estudiado, es un certificado europeo que recae sobre una sentencia nacional.

136. El órgano jurisdiccional del Estado de origen lleva a cabo esa declaración de ejecutividad mediante el Formulario G del Anexo VII del RPME.

137. La eliminación del *exequatur* en el RPME fue un aspecto novedoso y que no se incluía en la propuesta inicial³⁵⁴. Podemos decir que es uno de los aspectos claves del Reglamento, ya que permite eliminar trabas y hacer el cobro de la deuda más rápido. Otro aspecto a tener en cuenta es que el acreedor tampoco tendría que prestar ninguna garantía para que el REP pueda ser ejecutivo³⁵⁵. Estas previsiones facilitan la libre circulación del REP ejecutivo y permite que el acreedor pueda cobrar cuanto antes. Sin embargo, conviene no olvidar dos cuestiones:

- 1) La ejecución material propiamente dicha se rige por la *lex fori* del Estado miembro de ejecución (art. 21.1 RPME)³⁵⁶. De este modo, todo lo que no se haya establecido en los arts. 21 a 23 RPME se va a regir por las normas procesales sobre resoluciones ejecutivas del Estado miembro al que el acreedor se dirija. No obstante, hay que tener presente que el carácter ejecutivo propio del REP no se lo brinda la *lex fori* al REP sino que es un aspecto que emana del propio Reglamento³⁵⁷. Lo mismo se puede entender con el efecto de cosa juzgada³⁵⁸. Aunque sobre este particular el Reglamento no es claro, El REP tendría este efecto de cosa juzgada debido a que no se puede recurrir y dicho efecto es en virtud del Reglamento y no de lo que disponga la *lex fori*.
- 2) El REPME prevé que la ejecución material podría denegarse bien (1) cuando el REP es incompatible con otro requerimiento o resolución dictada con anterioridad en cualquier Estado siempre que se cumplan los requisitos del art. 22.1 RPME que posteriormente estudiaremos o bien (2) cuando el deudor haya pagado el importe requerido en el REP. El deudor tiene que tener en cuenta que la ejecución se podría denegar por los motivos recogidos en el art. 22.1 RPME, pero el reconocimiento no (art. 19 RPME).

Ejemplo práctico: La empresa española *Ciber Protection* tiene sede en Madrid pero opera por toda Europa. Su negocio consiste en prevenir ataques de ciberseguridad. Empresas y organismos públicos se encuentran en constante alerta y *Ciber protection* ha desarrollado un sistema que blindo a sus clientes. Una empresa belga con sede en Brujas contrató en 2021 los servicios de la empresa española. Tras diferentes desavenencias, la empresa española ha dejado de prestarle servicios a la belga. *Ciber*

³⁵³ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 222.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 223.

³⁵⁵ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 148.

³⁵⁶ En la doctrina *vid.* L. MORENO BLESÁ, "El proceso monitorio europeo...", p. 108. En la jurisprudencia en relación a la ejecución del REP en España *vid. ad ex.* AAP 4 octubre 2012, nº 7160/2012, ECLI:ES:APB:20127160A.

³⁵⁷ A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 149.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 143.

Protection asegura que hay dos cuotas impagadas que ascienden a 12.000 euros y que la empresa belga no le paga. Hace pocos meses, la empresa española inició ante tribunales españoles un PME. La empresa demandada no se ha opuesto al REP, no se ha pronunciado ni tampoco ha pagado. Ahora la empresa española, se pregunta cómo hacer efectivo el cobro de su deuda si tiene un REP ejecutivo dictado por tribunales españoles. **Solución:** La realidad es que así es. El REP se convierte en ejecutivo transcurrido el plazo de oposición (art. 18.1 RPME). Sin embargo, la empresa española donde quiere ejecutar el REP es en Bélgica, ya que es en ese país donde el deudor tiene activos. Por lo tanto, *Ciber Protection* deberá acudir al órgano jurisdiccional belga competente para ejecutar el REP. Y deberá tener en cuenta que salvo lo dispuesto en el RPME en sus arts. 21 a 23, todo el despacho de la ejecución del REP se va a regir por el Derecho procesal belga.

138. Como ya señalamos anteriormente, el acreedor tiene que tener en cuenta que la ejecución podría suspenderse cuando el deudor ha interpuesto una solicitud de revisión (art. 23 RPME). Sin embargo, el RPME no señala nada sobre cómo debe realizarse esa suspensión³⁵⁹, será la *lex fori* la que precise la misma, pudiendo ser una opción la adopción de medidas cautelares y exigir una caución al acreedor.

139. Un aspecto a tener en cuenta es qué exactamente debe comprobar el órgano jurisdiccional del Estado de origen para otorgar el carácter ejecutivo al REP. Así, cabe preguntarse si debería simplemente comprobar que el plazo para que el deudor se oponga ha transcurrido tal y como señala el art. 18.1 RPME o debería comprobar que efectivamente el demandado ha sido notificado³⁶⁰. Hay doctrina que considera que se el órgano jurisdiccional debería comprobar “la fecha” de notificación pero también “la forma” en la que se ha notificado al demandado³⁶¹. Esta comprobación implicaría una garantía más plena de los derechos de defensa del deudor y evitaría solicitudes de revisión del REP³⁶². Desde nuestro punto de vista, entendemos la posición pero no la compartimos. El 18.1 RPME es claro sobre el aspecto que debe comprobar el órgano jurisdiccional competente: que haya transcurrido el plazo de oposición. Esto hace que el proceso sea más ágil y eficaz. Si el demandado no ha tenido conocimiento del REP porque la notificación no ha sido personal y no se ha podido oponer puede alegarlo vía art. 20.1 RPME. Hay previsiones en el Reglamento para evitar esa indefensión en el caso de que se produzca esa situación.

140. Otra cuestión que cabe plantearse es si podría tener cabida tal y como se configura el PME una ejecución provisional. La respuesta sería no. En un procedimiento de una única fase donde el deudor básicamente paga o se opone para discutir la deuda en un proceso ordinario, la ejecución provisional no tendría cabida, ya que sería prácticamente imposible incluirla en un proceso de una fase como el PME³⁶³. Si el deudor no se ha opuesto, la ejecución es el curso natural del proceso monitorio.

2. Aspectos formales que el acreedor debe tener presente

141. Este es un aspecto que el RPME sí regula de forma expresa en el art. 21.2 RPME. El acreedor deberá presentar a las autoridades del Estado donde quiere ejecutar el REP la siguiente documentación:

- 1) Una copia del REP ejecutivo.
- 2) Una traducción al idioma del Estado de ejecución en el caso de que sea necesario. Sobre este particular, al señalar el Reglamento en el caso de que sea necesario cabe plantearse si en todo caso es necesaria esa traducción o sólo cuando se precise. Algunos autores han considerado

³⁵⁹ Para una visión crítica al respecto *vid.* J. M. ARIAS RODRÍGUEZ/M.J. CASTÁN PÉREZ, “Breves notas críticas...”, p. 35.

³⁶⁰ *Vid.* A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 147.

³⁶¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 206-207.

³⁶² *Ibidem*, p. 207.

³⁶³ Así lo pone de manifiesto el Libro Verde sobre el PME y el PEEC en la p. 47.

que no es una obligación traducir el REP en todo caso y que debería entenderse como una cuestión excepcional³⁶⁴. La realidad es que así lo consideramos. El hecho de obligar en todo caso a traducir el REP restaría agilidad al proceso³⁶⁵. Lo cual iría en contra de los objetivos del propio RPME. Y además consideramos que los aspectos que se podrían traducir sobre el REP son mínimos ya que no hay que olvidar que el sistema basado en formularios hace que haya muy poco que traducir. En el caso de que sea necesaria dicha traducción, con que se traduzca a uno de los idiomas oficiales del Estado de ejecución es suficiente³⁶⁶. No se le podría exigir al acreedor que asumiera el coste de la traducción al idioma español y también a otra lengua cooficial porque el órgano jurisdiccional competente es de una Comunidad Autónoma con lengua propia³⁶⁷. El RPME no precisa en qué momento debería aportarse dicha traducción pero entendemos al igual que sucede con el REP con la demanda ejecutiva (art. 550.1.4º LEC).

3. La oposición a la ejecución del REP ejecutivo

142. El art. 22 RPME recoge dos motivos en los que el deudor ejecutado podría basarse para evitar la oposición del REP. Estos motivos serían: 1) La incompatibilidad de resoluciones; 2) El pago por el demandado del importe fijado en el REP.

Aunque posteriormente estudiaremos dichos motivos con más detalle, la doctrina se ha planteado si dichos motivos son los únicos que existen para oponerse a la ejecución del REP o se podrían incluir también los recogidos en la *lex fori*. En particular, en el caso del ordenamiento jurídico español, dichos motivos se recogen en el art. 556 LEC. Hay autores que consideran que sí, que los motivos de oposición recogidos en la *Lex fori* podrían añadirse a los dos recogidos en el texto del art. 22 del propio Reglamento³⁶⁸. Desde nuestro punto de vista, esos motivos podrían tenerse en cuenta pero con un límite importante, y es que, dichos motivos que se recojan en el Derecho procesal interno no pueden en ningún caso implicar una revisión sobre el fondo (art. 22.3 RPME), deben ser motivos de oposición procesales. Así, *ad ex.*, en el caso del ordenamiento español, dichos motivos “añadidos” al art. 22 RPME serían la caducidad de la acción ejecutiva o la existencia de pactos o transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución (art. 556.1 LEC).

143. Los motivos de oposición que nos interesarían son los que se recogen en el art. 22 RPME, los cuales son:

- 1) *Motivo 1: Incompatibilidad de resoluciones.* El deudor puede alegar en el proceso de ejecución que el REP es incompatible con una resolución o REP dictado anteriormente en un Estado miembro o en un tercer Estado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
 - a) La resolución o REP anterior tiene el mismo objeto y se refiere a las mismas partes.
 - b) La resolución o REP anterior cumple las condiciones para ser reconocido en el Estado miembro de ejecución.
 - c) La incompatibilidad no ha podido alegarse durante el procedimiento judicial.

³⁶⁴ Sobre el REP así lo ha considerado S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 231 y en relación al TEE *vid.*, F.J. GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...*, p. 177, donde el autor considera también que la traducción debe entenderse de forma excepcional.

³⁶⁵ El informe del Parlamento Europeo de 17 de octubre de 2016 sobre la aplicación del proceso monitorio europeo en su apartado L número 8, señala que los Estados deben esforzarse por admitir requerimientos europeos de pago en otros idiomas, ya que exigir traducción aumenta los costes del procedimiento, tanto económicos como temporales. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0299_ES.html (consultado el 19 de mayo de 2022).

³⁶⁶ AAP Huelva 9 marzo 2018, nº 84/2018, ECLI:ES:APH:2018:630A, FD 3º.

³⁶⁷ *Vid.* A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos...*, p. 148.

³⁶⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 236.

Este motivo de oposición se traslada a la fase de ejecución debido a que no es posible apreciar esta causa en un momento anterior, por lo que no se puede dilucidar al respecto en el Estado de origen³⁶⁹. Salvo, como se señala en la letra c) del art. 22.1 RPME que la incompatibilidad se conociera por el deudor durante el procedimiento, en ese caso, la debe alegar cuanto antes, así se evitan dilaciones y gastos innecesarios, ya que si se alega en el curso del procedimiento en el Estado de origen se evita que se dicte un REP que posteriormente no se va a poder ejecutar.

Ejemplo práctico: La empresa SAAB con sede estatutaria en Marruecos pero cuyas principales actividades se desarrollan en Algeciras (España) ha iniciado un PME contra una empresa francesa ante tribunales franceses en mayo de 2022. La empresa marroquí reclama una deuda de 12.000 euros consecuencia de un contrato de venta de telas para confeccionar ropa. Un tribunal francés ha dictado un REP ejecutivo y SAAB lo quiere ejecutar en España debido a que sabe que la empresa francesa tiene importantes activos dinerarios en bancos españoles. Sin embargo, la empresa marroquí se teme que la empresa francesa pueda argüir alguna estrategia procesal inesperada y evitar la ejecución del REP en España. De hecho, existe un REP ejecutivo anterior dictado ante tribunales belgas en febrero del año 2022. **Solución:** La empresa francesa pocas estrategias procesales puede encontrar a esas alturas del proceso para evitar la ejecución. Una vez que el REP es ejecutivo, el deudor lo puede hacer valer en cualquier Estado miembro sin necesidad de superar un procedimiento intermedio de reconocimiento y/o *exequatur*. Eso sí, la empresa francesa para oponerse al REP debe tener presente los motivos de oposición del REP ejecutivo del art. 22 RPME y el Derecho procesal del Estado de ejecución. La existencia de un REP ejecutivo anterior que afecta a las mismas partes y tiene el mismo objeto puede ser un motivo que el deudor pueda alegar ante tribunales españoles para evitar la ejecución material del REP dictado en Francia. Pero además de lo anterior, dicho REP anterior debe ser susceptible de ser reconocido en el Estado miembro de ejecución y no se ha podido alegar la incompatibilidad en el Estado miembro de origen. Si la empresa deudora francesa alega y prueba esta incompatibilidad, es decir, que existe un REP anterior al que se pretende ejecutar dictado por tribunales franceses, este último REP no va a ser ejecutado materialmente en España.

- 2) *Motivo 2: Pago de la deuda.* El acreedor puede coger su REP ejecutivo y acudir a diferentes Estados miembros a solicitar su ejecución. Estados miembros en los que el acreedor considere que el deudor puede tener activos que ejecutar. Esto puede implicar que el acreedor pueda incluso cobrar más de lo que se le debe. Es decir, que haya una sobre ejecución. La obligación de alertar sobre tal situación al órgano competente de la ejecución es del deudor ejecutado, recayendo la carga de la prueba sobre él o ella³⁷⁰. Dicha prueba puede ser bien mediante documento público o privado, en este último caso deberá ser reconocida en el trámite de sustanciación (art. 560 LEC).

4. La suspensión de la ejecución

144. El deudor que haya solicitado la revisión del REP en el Estado de origen (art. 20 RPME) tiene la posibilidad de acudir al Estado de ejecución y solicitar la suspensión de su ejecución en virtud del art. 23 RPME. Este precepto es una copia del art. 23 RTEE. Sin embargo, el alcance de uno y otro difiere de forma considerable como ha apuntado ya la doctrina³⁷¹. Así, mientras que la revisión del REP se puede basar en motivos muy excepcionales, ya que no ha que olvidar que se está revisando una resolución firme con efectos de cosa juzgada y con carácter ejecutivo. En el caso del TEE la posibilidad de recurso de la resolución certificada es más amplia, ya que hay que tener presente que el carácter

³⁶⁹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 237. En el mismo sentido en relación al TEE, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título Ejecutivo...*, p. 183.

³⁷⁰ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 241.

³⁷¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 245-246.

ejecutivo que ostentaría una resolución certificada como TEE es provisional y en atención al Derecho del Estado de origen³⁷².

145. Por lo tanto, el deudor que persigue que se revise el REP ejecutivo debe ser consciente de que si se le da razón en el Estado de origen, el REP podría ser nulo por lo que debe tener en cuenta a qué Estados ha acudido el acreedor a ejecutar la orden europea de pago. Si no actúa el deudor al interponer la revisión del REP en el Estado de origen, y no acude al Estado o Estados de ejecución a solicitar la suspensión del requerimiento va a ser ejecutado materialmente. Este escenario le podría causar aún problemas mayores, ya que debería solicitar la devolución de lo ejecutado. Para evitar esto, el deudor tiene que saber que el mero hecho de interponer la revisión en el Estado de origen, ya le faculta para interponer la suspensión de la ejecución en el Estado de ejecución³⁷³.

146. La solicitud de la suspensión en el Estado de ejecución se rige por la *lex fori*, ya que no hay un formulario ni procedimiento al respecto previsto en el RPME. En el caso de que sea el ordenamiento español el Estado de ejecución el procedimiento a seguir sería el previsto para la solicitud de suspensión de la ejecución en caso de interposición y admisión de demanda de revisión o de audiencia al rebelde (art. 566.1 LEC)³⁷⁴. La razón de que sea este procedimiento el necesario a seguir y no el previsto para la ejecución provisional (arts. 524-537 LEC), es debido a que el REP es una resolución firme con efectos de cosa juzgada³⁷⁵. Por lo tanto, el deudor debería bien en un escrito independiente o en el escrito de oposición a la ejecución solicitar la suspensión en atención al art. 23 RPME debido a que existe un proceso de revisión del REP *ex art.* 20 RPME en curso en el Estado de origen. El deudor debe en ese escrito donde solicita la suspensión acreditar de forma fehaciente mediante la aportación de documentos traducidos que existe tal revisión en el Estado de origen y que esa es la causa de permitiría la suspensión de la ejecución.

Las armas procesales del acreedor ejecutante en este escenario no son muchas³⁷⁶. Así, podría bien (1) negar la existencia del propio proceso de revisión en el Estado de origen (aunque no tiene mucha lógica, ya que si existe el mismo, existe y es un hecho fehaciente al que se debe enfrentar y que puede probar el deudor); (2) oponerse a la suspensión o limitación de la ejecución; (3) solicitar medidas diferentes a las que señala el deudor. La baza que tiene el acreedor en este caso sería argumentar que la revisión del REP en el Estado de origen es una estratagema del deudor para dilatar el proceso y evitar la ejecución, y que en base a eso, solo persigue paralizar la ejecución.

147. Ante la solicitud del deudor de limitar o suspender la ejecución, el órgano jurisdiccional podría decidir libremente algunas de las opciones que se recogen en el art. 23.1 RPME. De hecho, esta es un crítica que se puede realizar al legislador al configurar esta fase del proceso monitorio europeo. Esto es así porque hay poca uniformidad en esta parte del proceso entre Estados miembros. La libertad de operar del juez del caso concreto es total, pudiendo considerar algunas de estas opciones:

- 1) *La limitación de la ejecución.* Una de las opciones ante la petición del deudor es que el juez del Estado de ejecución decida seguir ejecutando pero con la adopción de medidas cautelares. El término “medidas cautelares” debería interpretarse de forma amplia con el fin de que se pueda incluir cualquier medida que asegure el embargo. Esto implica que en el ordenamiento jurídico español se puedan adoptar medidas de aseguramiento del embargo (arts. 621-633 LEC) sin necesidad de acudir al proceso de medidas cautelares del art. 721-747 LEC el cual es más complejo³⁷⁷.
- 2) *La subordinación de la ejecución a la constitución de una garantía.* El órgano jurisdiccional del Estado de ejecución puede decidir que la ejecución puede seguir pero prestando el acree-

³⁷² *Ibidem*, p. 256.

³⁷³ *Idem*, p. 246.

³⁷⁴ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 247.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 247.

³⁷⁶ *Vid.* al respecto, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 247-248.

³⁷⁷ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 248.

por una caución suficiente. Dicha garantía sería dictada en atención a la *lex fori* y con el fin de cubrir los posibles daños que pudiera sufrir el deudor por una ejecución que realmente no procediera³⁷⁸.

- 3) *La suspensión de la ejecución.* El órgano jurisdiccional podría decidir sólo en casos excepcionales (así lo señala el RPME) la suspensión de la ejecución. Esto significa que la ejecución se paraliza pero no hay sobreseimiento³⁷⁹. Éste sólo podría darse en el caso de que la autoridad competente del Estado de origen admita la revisión del REP. Por lo tanto, esta suspensión implicaría que podría adoptarse las medidas de garantía para asegurar embargos acordados o ya existentes, pero no se podría llevar a cabo la ejecución forzosa.

Por lo tanto, el juez del Estado de ejecución puede decidir adoptar algunas de las medidas señaladas en el art. 23.1 RPME. Desde nuestro punto de vista, el mejor escenario sería aquél en el que la ejecución no se suspende y la ejecución puede seguir adelante aplicándose las correspondientes garantías o cauciones al acreedor³⁸⁰. La razón de esta posición descansa en el propio fin del Reglamento: agilizar el cobro de las deudas transfronterizas. No es posible que se configure un procedimiento para agilizar el cobro de las deudas y que posteriormente se frene porque determinadas partes del proceso carecen de un desarrollo más claro y profundo. Prueba de esa falta de regulación es también que el RPME no precisa el impacto que tiene la resolución dictada en el Estado de origen resolviendo sobre la revisión en el Estado de ejecución que ha tenido que limitar la ejecución a petición del deudor. Aunque como decimos no hay respuesta específica en el RPME, la misma debe ser de esperar. La resolución que resuelve sobre la revisión del REP debe desplegar plenos efectos en el Estado de ejecución. Si en el Estado de origen se estima la revisión, la ejecución debe sobreseerse en el Estado de ejecución. En el caso contrario, las medidas que se hayan adoptado para limitar o incluso suspender la ejecución deben levantarse para que la ejecución material de la deuda pueda producirse. Eso sí, para que dicha limitación o suspensión de la ejecución deje de existir, el acreedor debe preocuparse en aportar la resolución del Estado de origen rechazando la revisión del REP³⁸¹.

5. La ejecución del REP en el ordenamiento jurídico español

A) Aproximación inicial

148. El hecho de que el acreedor cuente con un REP ejecutivo no significa que su crédito haya quedado satisfecho. Es decir, el siguiente paso será acudir al despacho de la ejecución en el Estado donde el acreedor sepa que el deudor tiene activos que ejecutar³⁸². En el caso de que el Estado de Ejecución sea el español, el acreedor deberá tener en cuenta lo dispuesto en el Título III de la LEC, en especial los arts. 571 a 579.

149. Un aspecto sobre el que ha discutido la doctrina es si el acreedor debe interponer una demanda ejecutiva para que se ejecute el requerimiento de pago en el proceso monitorio nacional, o si, con el despacho de la ejecución que pone fin al proceso monitorio, cuando el demandado no se opone, ya se abriría de oficio el proceso de ejecución³⁸³. La doctrina ha manifestado posiciones diferentes sobre este particular, sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria se muestra a favor de que se presente una demanda ejecutiva. Si se mantiene dicha posición para el proceso monitorio nacional, lo mismo puede afirmarse para el PME. Un acreedor con un REP dictado en el extranjero y que quiere ejecutarlo en España deberá presentar una demanda ejecutiva conforme al art. 549 LEC y deberá incluir una copia del Formulario E

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 249.

³⁷⁹ *Idem*, p. 249.

³⁸⁰ *Vid.* también, S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 251.

³⁸¹ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, pp. 251-252.

³⁸² AAP Álava 30 diciembre 2011, nº 156/2011, ECLI:ES:APVI:2011:271A, FD 7º.

³⁸³ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 229.

y del Formulario G. Estos formularios muestran la cantidad que se debe ejecutar y el carácter ejecutivo del REP. El Estado de destino, en este caso España, no puede cuestionar en ningún caso el carácter del REP dictado en otro Estado miembro. Directamente debe ejecutarlo (art. 19 RPME) conforme al procedimiento de ejecución de su Derecho nacional y es éste el proceso que estamos analizando.

B) Competencia para conocer sobre la demanda ejecutiva

150. El Juzgado de Primera instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución (Disp. Final 21ª.5º LEC) será el tribunal competente para conocer del despacho de la ejecución del REP. Esta disposición se refiere a la competencia territorial para la ejecución de resoluciones judiciales certificadas como TEE pero es perfectamente aplicable al PME³⁸⁴.

C) Postulación procesal

151. En atención al art. 539.1.2º LEC, la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, será necesario la intervención de abogado y procurador cuando la cantidad por la que se despache la ejecución supere los 2.000 euros.

D) Capacidad y legitimación de las partes

152. Las partes en un proceso de ejecución serían el acreedor que pide el despacho de la ejecución y el deudor o persona contra la que se despacha la ejecución³⁸⁵. La legitimación activa la ostentará aquella persona física o jurídica que aparece en el REP como acreedor (en el proceso de ejecución: ejecutante). Por su parte, la legitimación pasiva la tendrá el deudor (en el proceso de ejecución: el ejecutado). Ejecutante y ejecutado deberán tener capacidad para ser parte (art. 6 LEC) y capacidad procesal (art. 9.1 CC para las personas físicas y art. 9.11 para las personas jurídicas).

E) Documentos a aportar en la demanda ejecutiva

153. Los documentos a aportar en la demanda ejecutiva serán una combinación entre lo que exija el Derecho procesal del Estado de ejecución (en el caso de España habría que atender a lo dispuesto en el art. 550 LEC) sin olvidar el ya estudiado art. 21.1 RPME. Por lo tanto, los documentos a aportar serían los siguientes³⁸⁶:

- 1) Una copia del REP ejecutivo.
- 2) Traducción en el caso de que sea necesario.
- 3) Cualquier otro documento que el ejecutante considere necesario para el despacho de la ejecución.

F) El despacho de la ejecución

154. La demanda ejecutiva implicará que el tribunal competente mediante auto determine si admite (art. 551 LEC) o deniega (art. 552 LEC) la ejecución material del REP. El auto que deniega el despacho de la ejecución puede recurrirse (art. 552.2 LEC). Pero no así el auto que ordena la ejecución

³⁸⁴ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 228.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 228.

³⁸⁶ *Idem*, p. 232.

(art. 551.4 LEC), a excepción de otros pronunciamientos también recogidos en dichos autos y que sí puedan ser recurribles conforme a la LEC.

155. El REP se ejecutará en España bajo las mismas condiciones que los títulos ejecutivos nacionales. De este modo, el plazo del art. 548 LEC³⁸⁷ de veinte días es de aplicación, así hasta que no transcurra dicho plazo, la ejecución propiamente dicha no se pondrá en desarrollo. Es decir, no se podrá embargar bienes al demandado, adoptar medidas de garantía sobre los mismos y ejecutar forzosamente³⁸⁸. No hay que olvidar que tras el plazo señalado, la ejecución propiamente dicha se regirá por lo dispuesto en la *lex fori* y sin olvidar lo dispuesto en los arts. 22 y 23 RPME, donde se regula la denegación de la ejecución y los motivos para suspenderla.

XV. Conclusiones

156. La reclamación de una deuda con elemento extranjero no es una tarea sencilla ni exenta de vicisitudes para el acreedor. La UE ha sido muy consciente de ello, del impacto que tiene en el mercado interior y en los derechos de los europeos. De ahí, que se haya preocupado en plantear opciones para facilitar la tutela del crédito desde la perspectiva declarativa, pero también cautelar y ejecutiva. El proceso monitorio europeo es una de esos “resultados” europeos a dicha preocupación por facilitar el acceso a los tribunales para garantizar derechos.

157. El PME es un proceso que se crea con el fin de ayudar al acreedor a reclamar deudas a las que el deudor no se opone. Mediante el RPME se persigue instaurar un proceso ágil, donde el ciudadano pueda obtener una respuesta en un tiempo breve y con poco coste. En estos años, el funcionamiento del PME como alternativa a los procesos monitorios nacionales ha funcionado de forma aceptable y ha permitido a un gran número de acreedores no sólo reclamar sino también cobrar millones de euros en deudas.

158. Por eso, desde nuestro punto de vista, consideramos que los objetivos marcados con el RPME se cumplen en gran medida y que el balance que debe realizarse sobre el mismo debe ser positivo. El PME supuso un paso importante en el EEE y, en la práctica jurídica internacional, se puede apreciar su utilidad. La existencia del PME no perjudica ni mucho menos al ciudadano europeo, consideramos que le beneficia.

De hecho, esos aspectos positivos que presenta el PME consideramos que no sólo han revertido en ciudadanos y empresas, también en los ordenamientos nacionales. Un ejemplo de ello podría ser el español, debido a que el RPME ha servido para modificar el Derecho nacional y acercarlo más al Derecho europeo.

159. Las alabanzas sobre el RPME no obstan para que también pongamos de manifiesto que es un proceso con aspectos a modificar y que presenta lagunas. Una de ellas y que se aprecia también en los otros Reglamentos estudiados a lo largo de la monografía (RPEEC o el R. 655/2014) es que se parte de la premisa de que se conoce el domicilio del deudor, que se le tiene localizado. Y la realidad en la litigación transfronteriza es que no siempre sucede así. Hay muchos asuntos transfronterizos en los que se desconoce el domicilio del deudor y esto tiene diferentes implicaciones en la reclamación de la deuda y una esa que el PME no se podría utilizar.

Otro aspecto tiene que ver con el modo en el que se configura el PME, el cual a todas luces persigue ayudar al acreedor, y es loable, pero en algunas ocasiones los derechos del deudor pueden quedar lesionados por ciertas previsiones del Reglamento un tanto incoherentes.

³⁸⁷ Este precepto señala que: “No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”.

³⁸⁸ S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el...*, p. 234.

El PME se basa en un modelo monitorio híbrido, en cierto modo inventando por el legislador europeo, ya que coge los aspectos que más le interesan de la técnica documental y de la técnica monitoria pura. Esto hace que en algunas partes del proceso existan incoherencias como hemos puesto de manifiesto en el trabajo. *Ad ex.*, es un modelo de una fase, pero el acreedor no debe presentar prueba alguna al presentar la solicitud, esto hace que el deudor no siempre tenga la información necesaria para poder defenderse. No hay que olvidar que en la técnica monitoria pura, el acreedor no aporta prueba alguna de su crédito pero el deudor se puede oponer en dos ocasiones. Es decir, es un modelo configurado en dos fases. Esto permite que se contrarreste la prerrogativa del acreedor de reclamar la deuda sin pruebas. Sin embargo, esto no sucede en el PME, el deudor solo puede oponerse una vez. Esta configuración del PME y su impacto en los derechos del deudor, ha dado lugar a que el TJUE interviniera y ajustara determinados aspectos cuando se trata de deudores consumidores.

Aunque esta interpretación del TJUE en asuntos como *Banco Español de Crédito* o *Bondora* pueda considerarse que aleja al PME de su esencia. En realidad, lo que hace es matizar algunos aspectos que no se plantearon de forma adecuada por el legislador europeo en la redacción original.

Otra cuestión que falla en el RPME y que lesiona la uniformidad y potencia en cierta medida el *forum shopping* es que hay aspectos que se podían haber regulado de modo uniforme pero en su lugar, se recurrió a la técnica de la remisión a la *lex fori*. No consideramos que sea un fracaso rotundo la falta de regulación sobre determinados aspectos importantes sobre el PME y que se haya optado por solucionarlo mediante el Derecho procesal del foro, pero sí que hubiera sido deseable un texto en el que aspectos tan importantes como la notificación, el proceso de revisión y de ejecución se hubieran uniformado mucho más. Consideramos que no está todo perdido y que el legislador europeo podría ser más valiente e introducir en la próxima revisión al Reglamento alguna modificación mucho más estructural y sustanciosa que las que tuvieron lugar en la primera revisión. Las cuales fueron pocas y de poca transcendencia.

160. Por ese motivo, a la vista de que la revisión sobre el RPME se encuentra próxima propondríamos que se modificara el concepto de asunto transfronterizo con el fin de que el ámbito de aplicación del RPME se extendiera; también sería interesante ajustes en las normas relativas a la notificación y un impulso para que verdaderamente se convierta en un proceso verdaderamente digital y automatizado. Consideramos la digitalización del PME, su automatización, que llegue a ser en todos los Estados miembros un proceso que se pueda tramitar, desarrollar y resolver de forma electrónica debería ser uno de los aspectos claves de la próxima revisión. Esto permitiría reducir costes de forma considerable y potenciar su uso sobre todo en aquellos países donde todavía no es una vía muy utilizada. La tecnología es una barrera para que este Reglamento pueda realmente ser una respuesta útil para los ciudadanos y empresas europeas. Pero junto con la tecnología, otro aspecto a mejorar es la cuestión idiomática. Los formularios son un aspecto muy positivo que favorece la solicitud, tramitación y desarrollo del PME. Así, consideramos que la exigencia de traducciones debe ser algo excepcional y que los Estados miembros deben estar abiertos a aceptar REP en idiomas que no sean los oficiales de su país.

En definitiva, en relación a la pregunta que nos planteábamos en el título del presente trabajo podemos responder un tímido sí. Es decir, el PME es un proceso ágil y supone una vía de reclamación de un crédito transfronterizo más barata que si el acreedor acudiera a un procedimiento ordinario. Aún así ese sí es tímido, no es un sí rotundo. Esto se debe en gran parte a que el aprovechamiento del potencial que presenta el proceso monitorio europeo requiere de cooperación por parte de los Estados miembros. Y la misma ha tenido lugar de forma desigual entre éstos. Hay Estados que se han esforzado más que otros en estos años en potenciar su uso y hacer que verdaderamente se convierta en una alternativa a los procesos monitorios nacionales. Aunque el PME lleva aplicándose casi catorce años todavía los Estados miembros tienen labor por hacer. Tienen que seguir fomentando su uso y garantizar que sea un proceso lo más automatizado posible con el fin de que el ciudadano o empresa que requiera solicitar un REP lo pueda hacer con unos costes muy reducidos y recibiendo una solución en un tiempo breve.

Jornada y tiempo de descanso en la jurisprudencia del TJUE

Working time and rest time in the jurisprudence of the CJEU

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

*Profesora ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-0013-2364

Recibido: 23.04.2022 / Aceptado: 10.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7177

Resumen: El derecho a la limitación de la jornada -y, por consiguiente, el derecho a asegurar unos tiempos mínimos para el descanso- es considerado como un principio social básico. Con base a esa temprana afirmación, el TJUE no ha cesado en dictar asertos que, a la luz de cuestiones judiciales planteadas, tratan de dirimir si las previsiones de los Estados miembros respetan este fundamental derecho del trabajador, siempre desde la óptica de procurar su seguridad y salud.

Este objetivo tan primordial provoca la ineludible necesidad de contemplar la normativa que se pone en cuestión sobre el derecho al descanso en términos expansivos y, por esta razón, el TJUE no se aquieta a las designaciones formales que, en su caso, puedan las partes contractuales ofrecer. De esta forma, tal y como se pretende mostrar en estas líneas, se observa cómo el Tribunal de Luxemburgo ante la duda de si un determinado lapso forma o no parte de la jornada, reflexiona para comprobar en qué medida el trabajador queda comprometido con su empresario.

Las previsiones contenidas en la Directiva 2003/88/CE arrojan luz también sobre otras cuestiones relevantes y que se relacionan directamente con la jornada del trabajador, dando lugar también a otros interrogantes que, en relación a los descansos y en particular a las vacaciones, el Tribunal también contempla en sus pronunciamientos.

Palabras clave: Jornada, descanso, vacaciones, guardia, TJUE.

Abstract: The right to limit the working day -and, consequently, the right to ensure minimum times for rest- is considered a basic social principle. Base on this affirmation, the Court of Justice of the European Union has not ceased to dictate assertions that, in light of the judicial questions raised, try to settle whether the provisions of the Member States respect this fundamental right of the worker, always from the perspective of ensuring the safety and health.

This fundamental objective provokes the inescapable need to contemplate the regulation that is called into question on the right to rest in expansive terms and, for this reason, the Court of Justice of the European Union does not settle for the formal designations that, where appropriate, the contractual parties may to offer. In this way, as it is intended to show in these lines, it is observed how the Court of Luxembourg when in doubt as to whether or not a certain period is part of the working day, relects to verify to what extent the worker remains committed to his employer. The provisions contained in Directive 2003/88/CE also shed light on other relevant issues that are directly related to the worker's working day, also giving rise to other questions that, in relation to breaks and in particular vacations, the Court also contemplates in its pronouncements.

Keywords: Working time, rest, holidays, guard, Directive 2003/88 EEC.

Sumario: I. Introducción: la trascendente regulación de la jornada II. Directiva 2003/88/CEE: ámbito de aplicación subjetiva. III. Delimitación normativa del concepto de jornada. 1. Tiempo de disponibilidad. 2. Tiempo de formación. IV. Los descansos. 1. Naturaleza del derecho al descanso. 2. Vacaciones. A) Naturaleza jurídica. B) Devengo de vacaciones. C) Retribución. D) ¿La regla de la proporcionalidad se puede aplicar para calcular el periodo vacacional de un trabajador a tiempo parcial? E) Coincidencia de situaciones de hecho: permisos retribuidos y vacaciones. F) Situaciones particulares: cómputo del periodo de descanso cuando el trabajador ha suscrito varios contratos con el mismo empresario. V) Conclusiones.

I. Introducción: la trascendente regulación de la jornada

1. La trascendencia de la regulación de la jornada ha sido puesta de manifiesto en multitud de ocasiones por la doctrina laboralista consagrada, reconociéndose la vinculación estrecha entre el tiempo de trabajo y la seguridad y salud del trabajador. No en vano contemplar la jornada supone también reconocer la otra cara de la moneda: el tiempo que la persona -desprovista en parte de su faceta como empleado- puede autoadministrar libremente.

Sólo a través de la regulación de la jornada (y, por ende, de su limitación) pueden hacerse efectivos derechos como el de conciliación de la vida familiar y laboral, el relativo a la desconexión (también digital), las vacaciones, el descanso que se ha de disfrutar durante la jornada, el diario o el semanal.

2. Siendo una constante a lo largo de toda la regulación la preocupación por la salud e integridad del trabajador, no es de extrañar también que se regulen aspectos relacionados con el trabajo nocturno, pues las implicaciones que la prestación de servicios llevada a cabo durante horas destinadas ordinariamente para el sueño, han sido más que puestas de manifiesto por la doctrina científica especializada.

De igual forma, y dado también los potenciales efectos que sobre el equilibrio vital pueden ocasionar, es necesario atender específicamente al sistema de trabajo a turnos que, sin duda, dificulta la compatibilidad entre el trabajo y otras actividades que pertenecen a la esfera más personal o familiar del trabajador.

Anotar también las indudables, evidentes y estrechísimas conexiones que existen entre la jornada y la determinación del salario del trabajador, tanto en lo que se refiere a la retribución ordinaria de éste, como a la que le correspondería, en su caso, por horas extraordinarias o, pensando en los trabajadores a tiempo parcial, las que se desplegarían con ocasión de la realización de horas complementarias.

3. Por último, señalar que la determinación de la jornada tiene también otros efectos que afectan a la protección social del individuo a través de -específicamente- nuestro Sistema de Seguridad Social. La clarificación acerca de cuándo nos encontramos ante jornada y cuándo ese tiempo no es calificado como tal, tendrá incidencias a los efectos de cobertura de contingencias profesionales y, específicamente, para saber si se puede favorecer de la tutela otorgada por la presunción *iuris tantum* a favor de la existencia de un accidente de trabajo (art.156.3 LGSS, RDLeg.8/2015, de 30 de octubre), desplegándose entonces los efectos económicos directos sobre las posibles prestaciones de Seguridad Social a las que el trabajador puede tener derecho.

4. Siendo esto así, y aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico laboral interno, disponemos de normas que parecen dar respuesta a cada uno de los planteamientos antes apuntados -sin olvidar, por supuesto, la labor complementaria que realizan los convenios colectivos-, en determinadas ocasiones los avances que en atención a la materia de jornada hemos realizado (*v.gr.*, piénsese en la previsión legal sobre la situación de maternidad y el disfrute de las vacaciones o el mandato legal de registro de jornada) han venido motivados por los pronunciamientos judiciales del TJUE en su labor de interpretación y elucubración sobre la compatibilidad entre las previsiones normativas estatales y las directrices contenidas en sus Directivas, en especial las referidas a las garantías mínimas previstas de limitación del tiempo de trabajo.

Esta tarea llevada a cabo por el Tribunal de Luxemburgo exige plantearnos, a la luz de cada una de las situaciones de hecho dirimidas, cuáles son los elementos configuradores de la jornada laboral, pues solamente así podremos saber si se respetan los tiempos de descanso previstos con carácter de mínimos en la normativa europea.

5. Por ello, y con el objeto de examinar específicamente el derecho a la limitación de la jornada, se hace necesario tener en consideración como punto de partida la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹.

Junto a la anterior, es imprescindible tener presente al art.31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea² y la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³.

Nuestro cometido será, por tanto, examinar los pronunciamientos que, a nuestro juicio, han resultado más relevantes del TJUE en torno a la Directiva 2003/88/CE a fin de tratar de acotar determinados aspectos que, en relación a la jornada y a los descansos, pueden resultar de dudosa interpretación, máxime cuando nos enfrentamos a problemas reales que plantean interrogantes concretos. Para llevar a cabo esta aproximación es necesario recordar el primordial objetivo al que se destina la norma: la procura de la salud y seguridad de los trabajadores “frente a unos horarios de trabajo excesivos o inadecuados con poco tiempo de descanso y de recuperación del trabajo”⁴, siendo ésta precisamente la justificación que avala que en la Directiva sólo sean abordados aquellos aspectos que inciden directivamente en la integridad del sujeto-trabajador.

Quedan fuera del ámbito del presente estudio las reducciones de jornada que se soliciten en atención a derechos subjetivos del trabajador al encontrarse en alguna de las situaciones previstas para conciliar sus quehaceres profesionales y familiares o los posibles planteamientos de contravención a derechos fundamentales, específicamente el de discriminación⁵, e incluso aquellas otras cuestiones que de forma más o menos tangencial afectan a la jornada o a las consecuencias resarcitorias fundamentadas en las legítimas aspiraciones de los trabajadores a que se cumplan las garantías mínimas contempladas por el Derecho de la Unión⁶.

II. Directiva 2003/88/CEE: ámbito de aplicación subjetiva

6. Siendo la Directiva una norma que ordena determinados aspectos del tiempo de trabajo, el primer interrogante que hemos de resolver es el relativo a su ámbito de aplicación. Así, el Tribunal de

¹ La actual Directiva sustituyó a la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993 y la Directiva 2000/34/CE.

N.M. YÁÑEZ: “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”. El análisis de la Directiva le lleva a concluir que ésta representa el alejamiento al modelo fordista “buscando mecanismos de flexibilidad para adaptar la productividad a las inestabilidades de la demanda”

² La aplicación de este precepto de la Carta (con el “mismo valor jurídico que [a] los Tratados” es puesta de relieve por Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019 (EU: C: 2019:402) y recientemente por la STJUE de 17 de marzo de 2021 (EU: C: 2021:210).

³ Necesario es hacer referencia a la preocupación durante el siglo XIX de limitar la jornada de trabajo. O. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.194/2017 parte Estudios. BIB 2017/10798. La autora nos invita a realizar un recorrido por los instrumentos -Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y Convenios de la OIT- que contemplan el tiempo de trabajo, su limitación y, por ende, las vacaciones.

⁴ C. SÁEZ LARA: “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”. *Temas Laborales* núm.130/2015, pág.245.

⁵ Véase, por su cercanía temporal, la STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2019, C-193/17 (EU: C: 2019:43).

⁶ Véase la interesante STJUE de 14 de octubre de 2010, C-243/09 -y el comentario por J.M MIRANDA BOTO Y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Octubre 2010-Febrero 2011. *Actum Social* núm.49. Marzo 2011- que refuerza el criterio de no penalizar al trabajador que reclama el cumplimiento de la normativa (en este caso la limitación de la jornada semanal a fin de que no excediera de las 48 horas). En concreto, el empleador accedió a la constrictión de la jornada solicitada, pero para dar cumplimiento a la petición trasladó al trabajador y fruto de esa modificación, el empleado perdió parte de un complemento salarial que venía percibiendo hasta el momento en que se operó su traslado.

Justicia de la Unión Europea no vacila en proclamar que las limitaciones de la jornada (y, en general todo el articulado de la Directiva) han de ser aplicadas a los trabajadores.

Aunque la conclusión del Tribunal apuntada pudiera resultar obvia, lo que ya no aparece tan evidente la delimitación de qué es un “trabajador”. Así, en lo que se refiere a este concepto, descarta que quien lo precise sea el legislador nacional. La delimitación de quién es trabajador a los efectos de la Directiva, no es competencia de cada Estado miembro, o expresado de otra manera, la circunstancia de que la legislación interna de un país no haya reconocido a una prestación de servicios como laboral en estrictos términos, no es un motivo jurídicamente relevante para excluir de las garantías previstas en la Directiva.

7. De esta manera, se opta claramente por una interpretación integradora y uniforme. Trabajador es, a estos efectos, la persona que realiza “durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”⁷, siendo indiferente a estos efectos lo que en torno a la delimitación del concepto haya establecido el legislador de cada uno de los países miembros.

De igual modo, no es relevante a estos efectos que el trabajador sea indefinido o temporal⁸. A pesar de ello, y teniendo presente la vocación universal a la que tiende la Directiva, no se olvida de que existen determinadas actividades prestacionales que presentan una serie de particularidades, en las que se admite su falta de aplicación.

Así se dispone la posible excepción a trabajadores que ejerzan funciones de dirección (“ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo”) o sean –utilizando nuestra nomenclatura- empleados al servicio del hogar familiar (“trabajadores en régimen familiar) o bien presten servicios en instituciones eclesíásticas y afines (“trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”) e incluso presten sus servicios como “trabajadores en el mar”.

A los anteriores colectivos de prestadores de servicios hay que sumarles aquellas personas que realizan la actividad de guardia y vigilancia, cuando estas funciones “...exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad”.

A pesar de todo, no debemos alcanzar la conclusión de que esos colectivos de trabajadores no tienen derecho al descanso, sino que es posible, en los supuestos enumerados, flexibilizar el ejercicio del derecho y, concederlo en periodos diferentes a los ordinarios⁹.

8. En suma, la Directiva 88/2003/CEE, y esto también abunda en el dato de su finalidad de procura de la salud del trabajador, se remite, en parte, al ámbito que fija, a su vez, la Directiva 89/291/CEE¹⁰. Así, y aun cuando se reconoce su plena aplicación a todos los sectores económicos, se prevé que determinadas actividades que presentan peculiaridades se escapen de su influencia directa. Esto es lo que ocurre con las “fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil”.

Y, a la vista de tales exclusiones, no era descabellado pensar que éstas se refirieran únicamente al ámbito público. No obstante, el Tribunal de Justicia apreció que sí existen determinados “cometidos especiales desempeñados por los trabajadores” y, en este sentido, es indiferente que estemos ante una

⁷ STJUE de 14 de octubre de 2010, C-428/09 (EU: C: 2015:574); STJUE de 20 de noviembre de 2018, C-147/17 (EU: C: 2018:926).

⁸ STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13 (EU:C:2015:200).

⁹ STJUE de 14 de octubre de 2010, C-428/09 (EU:C:2010:612): “...para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un periodo de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones. Esta exigencia resulta aún más necesaria cuando, como excepción a la norma general, el tiempo de trabajo normal diario se prolonga por la prestación de un servicio de atención continuada (sentencia Jaeger (TJCE 2003,250))”.

¹⁰ Art.1.3 Directiva 2003/88: “La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva”.

entidad que presta una función pública en estricto sentido o se trate de “una persona de Derecho privado a quien se haya confiado una misión de interés general que se encuadre en las funciones esenciales del Estado”. Pues en estos supuestos se “justifica una excepción a las normas en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad”¹¹. Así pues, es la naturaleza del servicio lo que es relevante, prescindiendo de si quien lo presta es o no un ente de naturaleza pública.

Siendo ello así con relación a la actividad prestacional, las inquietudes también pueden presentarse en atención a la consideración del empleado como trabajador o como funcionario público. Y, siguiendo con la estela de interpretar uniformemente el concepto de trabajador, se opta por una auténtica comprensión del término que nos conduce a preguntarnos acerca de cómo se desempeña la prestación del servicio, más que a la designación formal utilizada. Así, el TJUE entiende que no existe óbice alguno para concluir que los funcionarios públicos también resultan amparados bajo el paraguas protector de la Directiva tantas veces nombrada¹².

Pero como las realidades sociales son, afortunadamente, variopintas, existen determinadas prestaciones sobre las que se proyecta la duda de si también quedan comprendidas bajo el amparo de la norma, habiéndose planteado supuestos concretos que trataban de dilucidar precisamente esta cuestión. Así, se consideran trabajadores a las personas que en Rumanía se denominan “acogedores familiares”, esto es, sujetos que realizan transitoria o permanentemente las funciones de acogimiento para una institución pública. Estos acogedores habían celebrado un contrato de trabajo individual con la entidad pública, suscrito un convenio de acogimiento por cada menor acogido y percibían una retribución¹³.

Los datos expuestos redundan a favor de la existencia de una relación laboral, sin que sea válido el argumento de la similitud que se aprecia entre la función de estos individuos y las que llevan a cabo los padres con relación a sus hijos.

9. Así pues, y una vez ha allanado el camino para transitar a la meta de la excepción en la aplicación de la Directiva concluye que, siendo esta función específica, por cuanto aspira a la integración del menor en el hogar del acogedor familiar profesional de manera estable, ha de entenderse que no le es de aplicación la norma debatida¹⁴.

Solución diametralmente opuesta es la que se ha de seguir cuando -a pesar de que las funciones puedan coincidir esencialmente con las anteriores- nos encontramos ante una sustitución temporal de las funciones paternas. En concreto, la Sentencia elucubraba acerca de la aplicación de la Directiva a unos prestadores de servicio que realizaban cometidos como padres sustitutos durante determinadas épocas en las que éstos no se encontraban con sus hijos (por razones variopintas). Los niños eran hospedados en “aldeas infantiles” y los sustitutos de los padres velaban por su cuidado y asistencia bajo parámetros que los propios progenitores habían indicado, durante varios días o varias semanas.¹⁵

¹¹ Aunque el aserto es el contenido en la Sentencia comentada de 20 de noviembre de 2018, C-147/17 (EU:C:2018:926), se cita expresamente a la STJCE de 12 de enero de 2006, C-132/04.

¹² STJUE de 3 de mayo de 2012, C-377/10 (EU:T:2012:3). Recordando STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/98, STJUE de 12 de enero de 2006, C-132/04 (EU:C:2006:18) “...el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 [recordemos, su predecesora] debe interpretarse en sentido amplio, de manera que las excepciones a su ámbito de aplicación previstas por su artículo 2, apartado 2, párrafo primero, deben interpretarse restrictivamente ... dichas excepciones fueron adoptadas solamente con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud, así como del orden público en caso de circunstancias de gravedad e importancias excepcionales (sentencia de 5 de octubre de 2004 (TJCE 2004,272)... y auto de 7 de abril de 2011, May, C-519/09”.

¹³ STJUE de 20 de noviembre de 2018, C-147/17 (EU: C: 2018:926). Otros aspectos a tener en cuenta son los relativos que, tal y como indica la Sentencia, “El contrato podrá suspenderse o resolverse conforme a la normativa laboral nacional. También parece que los acogedores familiares profesionales de que se trata disfrutaban del derecho a la seguridad social y a la formación profesional”. Junto a ello, se le da la posibilidad a que el servicio público les supervise y “evalúe la evolución de los menores acogidos”.

¹⁴ El conflicto que de fondo se suscitaba era dilucidar si estos cuidadores disponían de los tiempos de descanso que con carácter de mínimos se prevén en la Directiva. El TSJUE despliega una línea de razonamiento, a nuestro juicio, cabal sobre las diferencias que entraña la prestación de servicio de un trabajador al uso y las funciones que llevan a cabo estos cuidadores en orden a la protección-formación integral del ser humano que tienen acogido.

¹⁵ STJUE de 26 de julio de 2017, C-175/16 (EU: C: 2017:617).

III. Delimitación normativa del concepto de jornada

10. La Directiva 2003/88 nos dispensa el concepto de tiempo de trabajo (art.2), debiendo entenderse que es “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

11. Por supuesto, esta delimitación acerca de lo que en la praxis constituye tiempo de trabajo y lo que es tiempo de descanso (esto es, por exclusión, lo que no es periodo de trabajo) nos servirá a la hora de delimitar si existe o no obligación de remunerar los periodos controvertidos, aun cuando ya es consolidada la idea de que la Directiva no va a regular (más allá de lo que contempla en torno a las vacaciones) qué se entiende por retribución¹⁶ adecuada. Precisamente, el asentamiento de tal consideración va a posibilitar que se declare que es compatible con el Derecho de la Unión Europea establecer parámetros remuneratorios diferentes para los supuestos en los que sí se presta efectivamente un servicio en contraposición a aquellos en los que no se realiza actividad prestacional¹⁷.

12. Por último, y antes de desglosar supuestos concretos en los que se dilucida si estamos o no frente a jornada, no podemos dejar de tener presente la idea que gravita en los pronunciamientos que estudiaremos acerca de que las “disposiciones de la Directiva 2003/88 no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador”¹⁸.

1. Tiempo de disponibilidad

13. La idea de que la realidad es blanca (=jornada) o negra (=no existe jornada) está presente en los pronunciamientos judiciales del TJUE. De esta forma, los asuntos que llegan al Tribunal en relación con la delimitación concreta de jornada para, a la postre, saber si se respeta el derecho al descanso, sólo podrán finalizar afirmando o negando su existencia, sin que quepan categorías intermedias.

Y, a resultas de una interpretación que entronca con la necesidad de delimitación acerca de lo que es el tiempo de trabajo más allá también de los datos formales en torno a su registro, se ha venido estimando que no todo el tiempo en que el trabajador permanece a disposición del empresario forma parte de la jornada. De hecho, y con referencia a las guardias de localización o de disponibilidad, se entiende que esos lapsos no pueden considerarse jornada. Siendo esta aseveración exacta y plenamente aplicable, se observa que, en ocasiones, lo que ocurre efectivamente no se corresponde con la verdadera naturaleza a la que atiende una guardia de localización.

14. Partimos, por tanto, de considerar que la obligación impuesta al trabajador que se halla en situación de guardia domiciliaria no es la misma que la tiene cuando está prestando efectivamente sus servicios. Ciertamente, durante los periodos en los que se encuentra en esta situación a la espera de que puedan reclamar sus servicios le restan de calidad en su tiempo libre, pero también es cierto que el estado en que se halla en estas situaciones no es comparable al que asume cuando está realizando efectivamente una tarea. De otro lado, y esto es lo más importante, aun cuando el trabajador que se halla en situación de guardia de esta naturaleza no es dueño omnímodo de su tiempo, sí puede permitirse disponer en parte del tiempo para la realización de tareas extralaborales.

15. Por el contrario, el trabajador que se halla en situación de guardia de presencia, esto es, que se encuentra en un escenario laboral, en el centro de trabajo, tiene cercenadas sus opciones de autoadministración del tiempo. El estado de alerta y tensión en el que se halla estando en esta situación tampoco

¹⁶ Así, STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19 (EU: C: 2021:182) recogida en STSJUE de 9 de septiembre de 2021, C-107/19 (EU: C:2021:722).

¹⁷ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-107/19.

¹⁸ Véase, STJUE de 28 de octubre de 2021, C-909/2019 (EU:C: 2021:893).

es comparable al que tiene el empleado al que se le impone estar disponible, pero sin obligarle a encontrarse en un lugar predeterminado que pertenece a la esfera de poder del empresario.

Resulta lógico entender que sólo la segunda de las situaciones descritas (guardia de presencia¹⁹) forma parte de la jornada y tiene los efectos que normativamente lleva aparejado su cómputo.

16. Partiendo, por tanto, de la contundente aseveración de que sólo el tiempo de presencia es considerado jornada, las situaciones que en la práctica diaria se despliegan son ricas en matices²⁰ y, en ocasiones, lo que formalmente se nos presenta como “guardias de localización” son, en realidad, tiempo de presencia, porque imponen una carga añadida al trabajador. En estos casos, la designación de este tiempo no se corresponde sustancialmente con las obligaciones impuestas al trabajador, pues éste no sólo ha de estar pendiente a los reclamos de su empresario sino que al tener que responder sin apenas margen temporal para cesar en su actividad no prestacional, llega a la certero convencimiento de que durante ese tiempo no puede arriesgarse a realizar una actividad que redunde en su descanso (mental o físico), siendo su casi única actividad y actitud el estar disponible si le reclaman para acudir presto al lugar designado por el empresario.

Es decir, que cuando el trabajador dispone de un margen temporal predeterminado y exiguo para atender a los requerimientos empresariales no está destinando el tiempo de guardia a otro menester más que a estar pendiente a la llamada del empleador, sin que -de otro lado- la circunstancia de que ésta no se haya producido en anteriores ocasiones (en otras guardias) modifique sustancialmente su actitud de alerta y disponibilidad para con su empresario.

17. El efecto jurídico de considerar que los tiempos que se nos presentan forman parte de la jornada es indudable, por cuanto habrán de ser tenidos en consideración para saber, a su vez, si se han rebasado o no los topes máximos de duración de jornada ordinaria, pues si así fuera estaríamos ante horas extraordinarias aplicando el régimen que a éstas corresponde.

18. Teniendo presente las anteriores consideraciones, el TJUE en varios de sus pronunciamientos²¹ ha entendido que la calificación jurídica de los tiempos en los que el trabajador está disponible ha

¹⁹ En este sentido, también existe unanimidad en torno a la consideración como tiempo de trabajo de las guardias de presencia con independencia de que estando en las mismas el trabajador no se dedique efectivamente a desarrollar la prestación de servicios y realice otro tipo de actividad de carácter lúdico o de descanso.

²⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO: “Video-comentario a la STJUE 9 marzo 2021, Asunto C-344/2019. TJCE\2021\52. Política social: Disposiciones sociales”. BIB 2021\3754. Hace referencia a la necesidad de remontarnos al pasado para constatar cómo las alusiones a los tiempos en los que de una u otra manera están vinculados a la tarea laboral, han recibido nombres muy diferentes. Así, “tiempo de trabajo efectivo, tiempo de preparación, de presencia, de vigilancia, de guardia, de cierre de tareas”. Esa riqueza en matices con la que se nos pueden presentar las prestaciones de servicios se ve claramente en la STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, que analizando las peculiares circunstancias concurrentes entiende finalmente que cuando los trabajadores no tienen un centro de trabajo fijo (fruto de una reordenación empresarial), el tiempo que ellos invierten entre su domicilio y el lugar en el que se encuentra tanto el primero como el último de los clientes asignados por su empleador es tiempo de trabajo. Lo relevante es la necesidad de permanecer a disposición del empresario ya desde el instante en que el trabajador se dispone a conducir el vehículo de la empresa. Téngase en consideración que antes de la remodelación empresarial, los trabajadores se desplazaban para comenzar su jornada laboral desde su domicilio al centro de trabajo y es en el centro de trabajo donde recogen el vehículo y se disponen a realizar las asistencias en los domicilios o lugares indicados por el empresario, siendo entonces cuando comenzaba a computarse la jornada. Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, “STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14) Caso TYCO TJCE 2015/205”. https://www.aranzadi.webcastlive.es/actualizacion-profesional/?id=STJUE-10-09-2015_C-266-14_TJCE-2015-205.

²¹ Así, STJUE de 9 de marzo de 2021, C-580/19, (Gran Sala) -:EU:C:2021:183-, apartados 26 a 28, sentencia esta a la que se alude expresamente en el aserto que procedemos a comentar y que tuvo que reflexionar sobre el supuesto de un trabajador que se encontraba en periodo de disponibilidad no presencial en un lugar remoto, lo que suponía que debía satisfacer el requerimiento empresarial en un lapso de veinte minutos. Rescatamos de ésta la afirmación de “el factor determinante para considerar que se dan los elementos característicos del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que dicho trabajador está obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad”.

En la misma fecha, C-344/2019. Se trata de un trabajador técnico especializado que aparte de su jornada ordinaria prestaba servicios de guardia de 6 horas diarias, debiendo estar durante esos tiempos disponible telefónicamente, aunque en la práctica -dada la dificultad de acceso- se encontraba en un alojamiento que el empleador ponía a su disposición. Y ello es independientemente a “las prestaciones laborales realmente efectuadas por el trabajador durante ese periodo”.

Comentario a la precitada Sentencia por M. C. URCELAY LECUE: “Un periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial solo constituye “tiempo de trabajo” cuando las limitaciones impuestas al trabajador afectan de manera con-

de tener en consideración si efectivamente el trabajador puede, en realidad, autoorganizar ese tiempo o, por el contrario, se halla realmente hipotecado por el escaso margen de libertad de actuación que tiene en el mismo²².

Precisamente, la última de las sentencias con que contamos al redactar estas líneas ahonda en el argumento anterior. En este caso – STJUE de 11 de noviembre de 2021, C- 214/20-²³ dilucida el supuesto en el que un trabajador (bombero de profesión²⁴) en los tiempos de guardia podía libremente decidir el lugar en el que quería realizarla, pero (y esta conjunción es de vital importancia para saber si realmente el trabajador es libre para escoger, esto es, si en realidad él es dueño de ese tiempo) asume el compromiso de acudir en un plazo máximo de diez minutos (aun cuando debe “esforzarse” por llegar en cinco minutos) al parque de bomberos para hacer frente a la urgencia.

Estos periodos de guardia son diarios y sólo se interrumpen cuando el trabajador disfruta vacaciones o previa autorización empresarial accediendo a la petición del empleado en este sentido. Otro dato significativo es que se le posibilita ejercer una actividad prestacional -por cuenta propia o ajena- si no se superan determinados márgenes semanales.

Se observa, por tanto, que lo verdaderamente relevante es examinar si en los periodos dudosos “ las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos periodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”²⁵ o, contemplando la situación con más concreción, si se le concede al trabajador un plazo de respuesta de “algunos minutos, debe, en principio, considerarse, en su totalidad tiempo de trabajo... puesto que...se disuade claramente al trabajador, en la práctica, de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración”²⁶.

19. El argumento empleado para entender cuándo una guardia de localización realmente responde a su verdadera naturaleza de tiempo de descanso es el que se utiliza para comprobar si los periodos de descanso obligatorios durante la jornada en realidad son tales.

El legislador comunitario (y nuestra legislación es plenamente coincidente con sus postulados) obliga al empresario a conceder unos minutos a su trabajador con una finalidad clara de procurar cierta desconexión de la labor encomendada que le servirá para seguir afrontando con éxito el resto de su jornada. Son los denominados “periodos de descanso adecuados”²⁷.

siderable su capacidad de administrar su tiempo libre”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm..6/2021 parte Jurisprudencia. BIB 2021\3316.

Ya antes, la STSJUE 21 de febrero de 2018, C- 518/15 (EU:C:2018:82) en relación a una guardia domiciliaria en donde la respuesta del trabajador-bombero era de ocho minutos.

²² Ya se había apuntado esta línea en la STJUE de 26 de julio de 2017, C-175/16 (EU:C:2017:617). Recordemos que se trataba de unos “padres sustitutos” que realizaban las funciones de cuidado durante determinados periodos de tiempo en que los progenitores no estaban al cuidado de sus hijos. Así, si estos trabajadores que hacían las veces de padres se hallaban en la casa (aldea) velando por los pequeños, se entendía que aun cuando existieran periodos de inactividad durante las 24 horas en que se encontraban con ellos, en realidad son tiempo de trabajo “si el “padre sustituto” está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario [una asociación dedicada a la protección de la infancia] y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad (véanse, en este sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, C-14/04, apartado 48, y el auto de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, EU: C: 2007:23, apartado 28)

²³ EU:C:2021:909.

²⁴ A pesar de que, en una primera lectura pudiéramos pensar que se trata de una situación muy particular y referida a un sector de la actividad concreta, véase la línea de argumentación de I. BELTRÁN DE HEREDIA (11 de noviembre de 2021, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES – Por Ignasi Beltran de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “STJUE 11/11/2021: el período de guardia no es “tiempo de trabajo” si se permite prestar servicios por cuenta propia o ajena (y posible impacto en el trabajo en plataformas)”) “...creo que podría tener una afectación muy destacada en el ámbito de los trabajadores en plataforma; o, al menos, en los repartidores. Especialmente porque muchas de las particularidades descritas en este supuesto (y tenidas en cuenta por el TJUE) también podrían estar presentes en ese entorno digital. Especialmente: posibilidad de rechazo de encargos...; no obligatoriedad de permanecer en un lugar específico; y posibilidad de prestar servicios para un tercero por cuenta ajena o propia”.

²⁵ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-107/19 (EU:C:2021:722) y la que allí se cita, STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19 (EU:C:2021:182).

²⁶ De nuevo STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19 aludida también en STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-107/19.

²⁷ Considerando 5 de la Directiva 2003/88. El art.4 de la mencionada Directiva bajo el epígrafe “pausas” recoge que “Los

Pero si durante ese tiempo el trabajador tiene que continuar pendiente de la actividad laboral, en realidad se frustra el objetivo al que ha de atender ese interregno y, si ello ocurre, esos tiempos de descanso dejan de ser tales y deberán, por tanto, ser abonados al trabajador a razón de salario, computándose a los efectos de determinar los topes previstos para la jornada ordinaria.

20. Eso es precisamente lo que dilucida la STJUE de 9 de septiembre de 2021 (C-107/19) en el que el trabajador tenía que personarse en un lugar concreto -durante el mencionado descanso entre jornada- debiendo invertir para ello como máximo dos minutos²⁸.

2. Tiempo de formación

21. La respuesta ofrecida por el TJUE a los interrogantes anteriores nos pone sobre la pista acerca de cuál va a ser la decisión que finalmente alcance en torno a la consideración de otros tiempos en los que el trabajador, a pesar de no estar realizando la actividad prestacional, se encuentra sometido al poder rector del empresario. El problema concreto que, en esta ocasión, se plantea es el tratamiento que se le ha de dispensar al tiempo que un trabajador invierte en su formación cuando ésta viene impuesta por el empresario²⁹.

Y así, cuando el empleador obliga al trabajador a realizar un curso de formación profesional, resulta indiferente el lugar en el que se imparta la docencia (y, por supuesto que no esté llevando a cabo directamente la actividad para la que fue contratado), pues lo verdaderamente relevante es que el empleado continúa estando a disposición de su empresario durante el desarrollo de la formación que se concibe como preceptiva, a fin de poder ejercer sus actividades laborales.

22. Decimos que la conclusión no podía ser otra porque, tal y como ocurría en las situaciones precedentes, desde el momento en que el trabajador no es dueño de gestionar su tiempo, no es posible entender que nos hallamos ante descanso. Si esta premisa la conjugamos con la necesidad de no interpretar en términos restrictivos las garantías reflejadas en la Directiva 2003/88, la solución es fácilmente comprensible.

El dato de que la impartición del curso no sea en las instalaciones de la empresa es fútil, por cuanto tampoco la ubicación tampoco ha sido elegida por el trabajador, debiendo entenderse que “el lugar de trabajo es todo lugar en el que el trabajador deba ejercer una actividad por orden de su empresario, incluso cuando ese lugar no sea el lugar en el que ejerce habitualmente su actividad profesional”³⁰.

Tampoco tiene ninguna importancia que la formación se cursara durante un horario que no era el habitual del trabajador³¹.

En definitiva, la consideración como tiempo de trabajo de estos periodos de formación obligatoria son una consecuencia ineludible del deber de tutela a la parte más débil de la relación laboral. Expresado de otro modo, si se hubiera alcanzado una decisión diferente, se estaría posibilitando que el empresario pudiera imponer “obligaciones de formación fuera de las horas normales de trabajo, en perjuicio del derecho del trabajador a disfrutar de un reposo suficiente”³².

Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional”.

²⁸ El Tribunal de Casación de la República Checa había considerado que estos tiempos no formaban parte integrante del concepto de jornada, por cuanto de la práctica se infería que el trabajador de ordinario no era interrumpido durante ese periodo de tiempo. A pesar de ello, y al ser devueltos los autos al órgano de instancia, éste interpuso la oportuna cuestión prejudicial al preguntarse sobre la adecuación con el Derecho de la UE.

²⁹ STJUE de 28 de octubre de 2021, C-909/19 (EU:C:2021:893) que ofrece respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Iasi, Rumanía.

³⁰ Si bien estos términos son literalmente los señalados por la Sentencia comentada (STJUE de 28 de octubre de 2021), se rescata con ellos el pronunciamiento previo ya contenido en STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19 (EU:C:2021:893).

³¹ Recuerda, en este punto, su STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998.

³² De nuevo se hace eco de otro aserto, en este caso contenido en las sentencias de 14 de mayo de 2019, C-55/18 (EU: C: 2021:210) y C-585/19 (EU: C: 2021: 210).

IV. Los descansos

1. Naturaleza del derecho al descanso

23. El derecho que ostenta todo trabajador a descansar, se configura como un derecho fundamental que sólo puede hacerse efectivo si existen medidas arbitradas para velar por la limitación de la duración máxima de la prestación de servicios. De esta forma, se garantizan tanto los tiempos de descanso diarios, semanales y anuales.

Toda vez que el derecho al descanso entronca directamente con la salud e integridad del individuo-trabajador, deberemos aproximarnos a su comprensión empleando para ello una mirada que no menoscabe –a través de una interpretación restrictiva- su aplicación³³.

Así, nos encontramos frente a un derecho sobre el que no caben interpretaciones restrictivas³⁴, sin que tampoco sea jurídicamente factible su renuncia individual o colectiva, pues los derechos que reflejan las directivas son “disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”³⁵. Junto a este argumento, es necesario también recordar cómo en la relación laboral no existe paridad jurídica entre las partes, lo que redundará en la imposibilidad de renuncia de los derechos que ostenta el empleado³⁶.

24. Continuando con esa necesidad de garantizar el derecho al descanso que subyace detrás de la limitación de la jornada, se impone una interpretación restrictiva en relación a los colectivos que antes hemos enumerado y que podían quedar fuera del amparo de la norma³⁷.

Ese celo que el TJUE va a mostrar en cada una de las ocasiones en que ha tenido que examinar si el Estado ofrecía una respuesta satisfactoria a las previsiones contenidas en la Directiva 2003/88/CEE, es plenamente compatible –y así se dejará constancia en los asertos- con la obligación/derecho de los Estados a dotarla de contenido concreto³⁸, así como de prever la compensación al trabajador que pudiera resultar afectado por la transgresión de la normativa en materia de descanso y/o limitación de jornada³⁹.

³³ Es ésta la visión resaltada por E. ROJO TORRECILLA Y GUTIÉRREZ COLOMINAS D., “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2019, pág.4. Con base en la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18), apartados 30 a 33.

Esta necesidad de velar por una interpretación no constreñida se expresó también en STJUE de 10 de junio de 2010 (asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08).

³⁴ Incidiendo, en concreto, en la interpretación correcta del periodo vacacional: STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08 (TJCE 2010/117) que, a su vez, recuerda STJUE de 22 de octubre de 2009 (TJCE 2009/326).

³⁵ STJUE (Sala Quinta) de 17 de marzo de 2021, C-585/19, (EU:2021:210) recogiendo también el aserto contenido en STJUE de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/19, TJCE 2019/90).

³⁶ La maltrecha situación en que se encuentra el trabajador en comparación con la posición de supremacía que ostenta el empresario, es un argumento que emplea el Tribunal de Justicia para reforzar sus conclusiones. Véase, en este sentido, la tantas veces referida STJUE de 14 de mayo de 2019 que dirimiendo las cuestiones prejudiciales puestas de manifiesto por la Audiencia Nacional (España) ante un panorama legislativo anterior al de la reforma de 2019 (promovida por Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo) que no obligaba al registro diario de la jornada. Aun cuando no es únicamente este argumento –debilidad del trabajador sobre todo a la hora de desplegar la prueba sobre la jornada real y su concreción- el que sustentará su pronunciamiento contundente de no respeto a las Directivas la ausencia de obligación legal de registro, sí será recurrente y afianzará la conclusión que se alcanza finalmente.

³⁷ Ésa es la interpretación imperante en sentencias como la STJUE de 14 de octubre de 2010 (TJCE 2010/303).

³⁸ E. ROJO TORRECILLA Y GUTIÉRREZ COLOMINAS D., “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, op.cit., pág.4: “Cómo se garanticen los derechos de las personas trabajadoras afectadas se deja al margen de disponibilidad de que gozan los Estados miembros, con el límite, indisponible, de que deben velar a fin y efecto de que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado”.

Con relación a la concreta obligación de registro del tiempo de trabajo y rescatando el aporte dispensado por I. GARCÍA MÉNDEZ, “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofound y la OIT sobre flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. Núm.13. 2021. Versión electrónica. Smarteca.es. “Grecia es el único país que no tiene una legislación específica en relación con el registro del tiempo de trabajo” No obstante “...Sólo Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Lituania, Malta, Rumania, Eslovenia y España tienen disposiciones específicas para registrar la jornada de todos los tipos de trabajadores”.

³⁹ STJCE de 25 de noviembre de 2010, C-429/09 (TJCE 2010/359). Recuerda la Sentencia que la Directiva 2003/88/CE no

2. Vacaciones

A) Naturaleza jurídica

25. En un solo precepto⁴⁰ se condensa el tratamiento del periodo vacacional y, aun cuando efectivamente es exiguo el tratamiento, éste ha resultado suficiente para los fines pretendidos y ha servido de motivación para que el TJUE reflexione específicamente sobre los distintos problemas que pueden afectar a este derecho que se concibe como principio social básico” y de cuya influencia no ha sido ajena ni el legislador español⁴¹ ni nuestros órganos judiciales⁴².

contempla disposición alguna “en relación con la reparación del daño que puedan sufrir los trabajadores como consecuencia de tal violación [de las normas mínimas que acoge la Directiva y, específicamente en las que hacen referencia a la duración del tiempo de trabajo]”. A pesar de ello, sí que asienta la idea de que “los particulares perjudicados tienen derecho a obtener una reparación cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (véase, en este sentido, la sentencia Transportes Urbanos y Servicios Generales [TJCE 2010,21]”.

⁴⁰ Art.7 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Dispone “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

Si se compara el texto de la Directiva con nuestra normativa puede afirmarse que “Aparentemente la Directiva no requería medida alguna de transposición a nuestro ordenamiento, puesto el art.38.1 ET cumplía e incluso superaba las exigencias del art.7 de aquella, al establecer como periodo mínimo el de 30 días naturales” (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER: “De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE”. *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Núm.7-8. 2013. Versión electrónica).

⁴¹ Así, la modificación operada en el art.38.3 ET -a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007 y posteriormente gracias a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral- por obra de la interpretación ofrecida en STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/2001 (TJCE 2004/69) que resuelve una cuestión judicial interpuesta por el juzgador español. Siendo la finalidad a la que atiende el permiso de maternidad diferente al que procura el periodo vacacional, la coincidencia entre ambas situaciones no puede hacerse desaparecer a las vacaciones y entender que tan solo procedería el disfrute por el nacimiento del hijo. En el fondo, el problema que subyacía ante la coincidencia -puesto de manifiesto por J. GORELLI HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre el derecho a las vacaciones y su disfrute efectivo en los casos de negativa empresarial a su retribución (comentario a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, Asunto King”. *IUSLabor* 2/2018, pág.265”-era “cuál de los dos sujetos de la relación laboral ha de asumir el riesgo contractual que supone dicha coincidencia”.

Recuérdese, la STJUE, Gran Sala, de 14 de mayo de 2019, C-55/18 (TJCE 2019/90) en relación con la obligación de registro de la jornada diaria en atención a una normativa (la nuestra anterior a la reforma) que no consignaba expresamente esta obligación.

⁴² Anterior en el tiempo a la norma que se ha citado, la STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10084).

La STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006 (RTC 2006/324) también tuvo en consideración el pronunciamiento europeo, apreciando que “La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que ésta le ocasione perjuicio alguno.” Lo que en la práctica supuso la posibilidad de disfrute posterior de las vacaciones con independencia de que se hubiera rebasado el periodo acotado para su disfrute.

Algo similar ocurrió cuando -STJCE de 10 de septiembre de 2009, C-277/08 (STJCE 2009/261)- esta vez en relación a la coincidencia temporal entre el periodo vacacional previamente fijado y la situación de incapacidad temporal del trabajador. Resuelto por el TJUE siempre desde la óptica de que las vacaciones constituyen un “principio de Derecho social de la Unión Europea de especial importancia” lo que supone que el calendario vacacional del trabajador de baja tuviera que ser nuevamente señalado una vez transcurriera el periodo de incapacidad temporal.

La STJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2011, C-214/10 (EU:C:2011:761) acoge la posibilidad de disfrutar el periodo de vacaciones más allá del año, lo que no nos debe llevar a interpretar que sería posible el aplazamiento ilimitado ni tampoco que sea posible acumular los periodos para su disfrute ulterior, básicamente porque de admitirse se estaría desvirtuando el objetivo de las vacaciones “que sólo puede cumplirse dentro de un límite temporal, más allá del cual las vacaciones carecerían de su efecto de tiempo de descanso y sólo conservarían su condición de periodo de ocio y esparcimiento” (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER: “De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE”. Op.cit.). Véase también el comentario de J.M. MIRANDA BOTO Y NOGUEIRA GUASTAVINO en “Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Octubre 2011-Febrero 2012”. (8 de marzo de 2012). Blog.epl.es. Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Octubre 2011-Febrero 2012 | Blog EFL

En nuestro ordenamiento se acoge la limitación del aplazamiento en su disfrute, al ser ésta una cuestión que compete a las legislaciones de los Estados miembros (tal y como señala la sentencia antes indicada o del TJUE de 3 de mayo de 2012,

De esta forma, se asienta el postulado de que el derecho a las vacaciones es “un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia” que sirve para garantizar la seguridad y salud del trabajador⁴³. El descanso de “la ejecución de las tareas que le incumben” y el disponer de “un periodo de ocio y esparcimiento” son los objetivos a los que atiende este derecho a las vacaciones⁴⁴.

26. Si la finalidad de las vacaciones es velar por la integridad física del trabajador (y, emocional, nos atreveríamos a indicar siguiendo el concepto omnicomprendivo de salud que nos dispensa la OMS⁴⁵) no se conseguiría este objetivo, si se pospusiera indefinidamente su disfrute⁴⁶ o se permitiera su sustitución por una compensación económica, sea cual fuere ésta. De esta manera, se aprecia también el cariz preventivo que representa el disfrute vacacional a largo plazo⁴⁷, lo que también redundaría en pro de una interpretación no restrictiva del derecho.

Por supuesto, y ésta es una cuestión que desde hace tiempo resulta incontrovertida, si la relación laboral fenece antes de que el trabajador haya disfrutado de su periodo vacacional, éste sí puede ser compensado económicamente⁴⁸.

B. Devengo de vacaciones

27. La necesidad de interpretar de forma laxa el ejercicio de las vacaciones, le lleva al TJUE a aseverar de forma temprana que no sería conforme al Derecho de la Unión una normativa de un Estado miembro que exigiera para el devengo del periodo vacacional la permanencia previa (antigüedad) durante un determinado lapso temporal⁴⁹.

C-337/10 - EU:C:2012:263-) con la limitación al disfrute de las vacaciones en los dieciocho meses siguientes a contar a partir del final del año en que se devengaron éstas.

Véase, P. RABANAL CARBAJO: “Incapacidad temporal y vacaciones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.16/2010, parte Estudio. BIB 2009/1870.

⁴³ De ahí que estas disposiciones en relación al “tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y salud”. STJUE de 14 de octubre de 2010, C-428/09 (EU:C:2010:612.).

⁴⁴ STJUE de 25 de junio de 2020, C-762/19 y C-37/19 (EU: C: 2020:504). Objetivos también resaltados en STJUE de 9 de diciembre de 2021, C-217/20 (EU: C: 2021: 987).

⁴⁵ Salud, por tanto (OMS) es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

⁴⁶ En la STJUE 22 de abril de 2010, C-486/08 (TJCE 2010/117) se aprecia cierta flexibilidad en orden al disfrute del periodo vacacional, por cuanto interpreta que el fin al que se destinan las vacaciones no queda comprometido aun cuando su efectivo ejercicio se produzca tras el periodo que se haya tenido en consideración como periodo de referencia.

La afirmación contenida en el cuerpo del presente no obsta para que aun cuando la norma general sea que se disfrute el periodo vacacional en el año en curso, si existen circunstancias que lo justifican (así enfermedad previa del trabajador) pueda posponerse a un momento ulterior su disfrute. STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08 (TJCE 2010/117).

⁴⁷ STJUE de 14 de octubre de 2010 (C-428/09; TJCE 2010/303): “ ... también tener un carácter preventivo que reduzca en la medida de lo posible el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de periodos de trabajo sin el descanso necesario(sentencias de 9 de septiembre de 2003, TJCE 2003/250, Jaeger, C-151/02, Rec.p. I-8389.

⁴⁸ El art.7.2 de la Directiva 2003/88 así lo dispone (“ El periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”), siendo esta máxima recordada por asertos como el ya tantas veces citado y contenido en la 22 de abril de 2010, C-486/08, TJCE 2010/117.

En nuestro Derecho interno, la eventual reclamación judicial por las vacaciones devengadas y no abonadas (pensando siempre en la situación latente en el momento de la finalización del vínculo contractual) está sometida al plazo de prescripción de un año a contar desde la extinción de la relación laboral (STS de 12 de junio de 2012, RCU n° 2484/11), correspondiendo al empresario la prueba de su efectivo disfrute.

⁴⁹ Véase, STJCE de 26 de junio de 2001, C-173/1999. Aunque “sin llegar a reconocerse la existencia de un derecho fundamental a las vacaciones, como había propuesto el Abogado general” (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER: “De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE”. Op.cit.) sostiene que “se deduce que el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva” (refiriéndose a la Directiva inmediatamente anterior a la actual, Directiva 93/104/CE).

P. RABANAL CARBAJO: “Incapacidad temporal y vacaciones”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.16/2010, parte Estudio.

No obstante, si el legislador del Estado miembro hubiera establecido una duración superior del periodo vacacional (esto es, un lapso superior a las cuatro semanas obligatorias), sí sería posible -en lo que excede- establecer requisitos adicionales que condicionaran el derecho al disfrute vacacional⁵⁰.

Sin embargo, permite establecer una regla de proporcionalidad para los supuestos en los que nos encontremos frente a un contrato de naturaleza temporal⁵¹, así como concretar el número de días de vacaciones en atención al tiempo previo de prestación de servicios⁵².

28. Entendemos, no obstante, que no se contravendría el Derecho de la Unión en el supuesto de que la legislación nacional o convencional previera que la efectividad en el ejercicio del derecho vacacional está condicionada a que transcurra un periodo previo en la prestación de servicios, debiendo señalarse esta antigüedad mínima a través de -preferiblemente- el convenio colectivo de aplicación y, descartándose en todo caso como instrumento habilitante el contrato de trabajo.

C) Retribución

29. A través del Derecho de la Unión⁵³ se garantiza el acceso a vacaciones remuneradas (art.7.1 Directiva 2003/88⁵⁴), pues solo así se consigue que el derecho a ese descanso no quede vacío de contenido en la práctica⁵⁵.

BIB 2009/1870. Con relación al disfrute de vacaciones aun cuando se haya sufrido una situación de incapacidad temporal: “El trabajador, por tanto, tiene derecho a ambas, porque la finalidad de estos derechos es totalmente distinta y, además, puesto que según el art.5.4 del Convenio 132 OIT los periodos de Incapacidad Temporal han de considerarse como tiempo de trabajo a efectos de la adquisición del derecho a vacaciones”.

Ya en atención a la vigente Directiva 2003/88/CE, en idéntico sentido, la STJUE de 24 de enero de 2012 (C-282/10, TCE 2012/7). Cuestión esta que se planteó en atención a la normativa francesa que exigía un periodo previo de prestación de servicios (un mes) aun cuando se equiparaba a trabajo efectivo los periodos en los que el contrato se hallaba suspendido por accidente de trabajo o enfermedad profesional con una duración máxima de un año.

⁵⁰ Aspecto este que se resalta en el apartado 47 de la Sentencia tal y como también nos hizo ver J. GORELLI HERNÁNDEZ: “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación sobre vacaciones”, op.cit., pág. 280.

⁵¹ J. GORELLI HERNÁNDEZ: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”. *Relaciones Laborales* 1, enero 2014. Versión electrónica. “Por lo tanto, el TJCE [el autor se refiere a la STJCE de 26 de junio de 2001] está reconociendo que el art.7 de la anterior Directiva 93/104 (hoy es el mismo precepto, pero de la Directiva 2003/88/CE), consagra un derecho subjetivo de todos los trabajadores, por lo que todos ellos pueden acceder a dicho derecho. Ello no supone que no sean admisibles excepciones, pero tales excepciones deben ser conformes a lo establecido por el ordenamiento comunitario. Es decir, no se está predicando exactamente el mismo derecho para todos los trabajadores, siendo admisible, por ejemplo, la aplicación del principio *pro rata temporis* en las contrataciones temporales”.

⁵² Con abstracción de lo que ocurre con los procesos de incapacidad temporal a los que más adelante nos referiremos. No es vano el recuerdo de las afirmaciones contenidas en Sentencia de 25 de junio de 2020, C-762/18 y C-37/19 (EU: C: 2020:54) o en la de 9 de diciembre de 2021 (C-217/20, EU: C: 2021: 987). Los dos objetivos a los que viene llamado el periodo vacacional y de los que nos hemos hecho eco en el cuerpo del presente son los que fundamentan esta aseveración, pues la concesión de vacaciones “supone que dicho trabajador haya ejercido anteriormente una actividad que justifique que se le conceda ese periodo”.

⁵³ *Ibidem*. Nos señala la falta de originalidad de la norma, por cuanto la OIT en el Convenio núm.132 (29 de junio de 1970) sobre vacaciones pagadas, establecía esta obligación de remuneración (art.3) “fijando como cuantía de la remuneración la “normal o media”, incluyendo el salario en especie (art.7), y estableciéndose la prohibición de renuncia al derecho a las vacaciones anuales pagadas (art.12).” Este autor también nos habla cómo el art.24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art.7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenían también esta previsión.

⁵⁴ Art.7 “ Vacaciones anuales. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

⁵⁵ J. GORELLI HERNÁNDEZ: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”. Op.cit. “La razón del abono es evidente: garantizar que las vacaciones van a cumplir con su objetivo y finalidad, permitiendo que sean efectivamente disfrutadas, pues si el trabajador cesa en el trabajo sin percibir salario a cambio, ante la necesidad de un sustento económico, lo lógico es que la mayoría de los trabajadores buscasen una prestación de trabajo durante ese periodo de descanso para poder mantenerse”. No ha de olvidarse que cuando se encuentra en periodo vacacional “el trabajador ha de ser colocado en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo (sentencia de 13 de diciembre de 20218, Hein, C-385/17, EU:C: 2018:1018, apartado 34 y jurisprudencia citada”, pues tal y como indicaba el Prof.GORELLI y más tarde dirá el TJUE “...cuando la retribución que se abona en virtud del derecho a vacaciones anuales retribuidas establecido en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 es inferior a la retribución ordinaria

Pero, a pesar de que una primera lectura pudiera hacernos pensar que los problemas en torno a las vacaciones y su retribución están solventados, lo cierto es que la parquedad con la que se expresa ese precepto (similar a nuestro Derecho interno⁵⁶) hacen saltar las alarmas, especialmente, en torno a qué hemos de entender por “retribuidas” y cómo se concreta este adjetivo en la práctica⁵⁷.

30. Así, una de las primeras cuestiones planteadas lo fue en relación al momento temporal en que se abonaban las vacaciones. Se plantea si era jurídicamente admisible la retribución prorrateada del periodo vacacional, posibilitándose que el trabajador todos los meses percibiera una parte que correspondiese a esas vacaciones futuras.

Ante el planteamiento de dos peticiones de decisión prejudicial por Tribunales del Reino Unido, el TJCE ofrece la respuesta, señalando que “el momento en que ha de abonarse la retribución de las vacaciones anuales debe fijarse de modo que, durante dichas vacaciones, el trabajador se encuentre en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo”, lo que le lleva a concluir que es incompatible con el Derecho europeo una práctica normativa que conduzca al abono mensual de las vacaciones que no se ha escindido del salario ordinario.

31. Por el contrario, si se ofrece una información transparente al trabajador por medio de la cual las partidas económicas están claramente separadas y son independientes (nos referimos al desglose entre las retribuciones ordinarias-mensuales y las vacaciones que se abonan) sería perfectamente posible optar por ese modelo de pago, por cuanto no se conculca el Derecho europeo⁵⁸.

En otro orden de cosas, y sentado el pilar de imposibilidad de sustitución del periodo de disfrute vacacional por la remuneración -sea cual fuere ésta- correspondiente, también se prohíbe la opción de abono de las vacaciones en los supuestos en los que no haya sido factible su efectivo disfrute⁵⁹.

32. Sí se abonarían, como antes se mencionaba, en los supuestos en los que el contrato expire sin haberse disfrutado, fundamentalmente, para que el trabajador no pierda íntegramente el derecho⁶⁰, aun cuando no necesariamente (esto es, sería posible legislar internamente en uno u otro sentido) la

que el trabajador percibe durante los periodos de trabajo efectivo, este puede verse incitado a no tomar sus vacaciones anuales retribuidas” (Aserto contenido en STJUE de 9 de diciembre de 2021, C-217/20 (EU: C:2021:987).

⁵⁶ Art.38 del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre): “1. El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días”.

⁵⁷ Nótese -y este particular es un aspecto también realizado por J. GORELLI HERNÁNDEZ en la obra a la que hemos hecho referencia atrás (“El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, op.cit.) cómo esto no ocurre en el Convenio 132 OIT que prevé, art.7 tanto el *quantum* como el momento en que se ha de percibir la retribución.

Art.7 “1. Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el periodo entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas) calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.

2.El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona”.

⁵⁸ Véase, A.I. PÉREZ CAMPOS: “Inclusión de la retribución de vacaciones en el salario abonado al trabajador”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2008. Fichas de Jurisprudencia. BIB 2008/1503.

⁵⁹ STJCE de 6 de abril de 2006, C-124/05 (TJCE 2006/114; TJCE 2006/114)

A.I. PÉREZ CAMPOS: “Compensación económica por vacaciones anuales no disfrutadas”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.7/08 -8/2008, BIB 2008/1504.Glosando la Sentencia aludida, expone que “La posibilidad de compensar económicamente las vacaciones mínimas anuales transferidas podría producir el efecto contrario a los objetivos perseguidos por la Directiva, de que el trabajador se planteara a renunciar al tiempo de reposo o se viera incitado a ello” y, tal y como enuncia el fallo del Tribunal, “no tiene relevancia el que la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas se base o no en un pacto contractual”.

⁶⁰ La STJCE 2012/104, C-337/10 (TJCE 2012/104) :”Una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales retribuidas. A fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica”.

compensación haya de extenderse más allá del periodo garantizado por la normativa europea (esto, es el periodo de cuatro semanas).

La falta de concreción de la Directiva 2003/88 acerca de qué se ha de entender por vacaciones “retribuidas” ha supuesto la necesidad de acotar lo máximo posible esta exigencia, para concretar -a la luz de los supuestos concretos planteados- qué conceptos son los que ineludiblemente han de ser abonados y cuáles son susceptibles de ser excluidos⁶¹.

33. Ahora bien, los problemas no cesan. Las situaciones variopintas que puede afrontar un trabajador también pueden tener su reflejo, en esta ocasión, en el cómo se retribuyen las vacaciones. Pensemos en una situación particular: trabajador que se halla en situación de incapacidad temporal y, como consecuencia de la misma, percibe una retribución inferior a la que le correspondería si estuviera en actividad. Cuando está disfrutando de sus vacaciones, ¿cómo se ha de calcular la retribución, en función de lo que realmente percibió o en atención a su salario íntegro haciendo abstracción de la situación de baja laboral en la que se encontraba?

En concreto, el Tribunal (STJUE de 9 de diciembre de 2021, C-217/20, EU: C: 2021:987) dilucida una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Países Bajos.

Si descendemos a los hechos concretos que motivaron la incoación del procedimiento ante la jurisdicción de los Países Bajos, observamos cómo la reclamación parte de un trabajador (funcionario) que se halla en situación de baja parcial de larga duración por enfermedad, disfrutando de una medida de reinserción profesional. La consecuencia de encontrarse en ese estado fue que percibía un 70% de lo que venía siendo su remuneración total y el 100% correspondiente al número de horas efectivamente trabajadas (horas estas en las que desempeñaba trabajo efectivo por ser considerado apto para trabajar con esa restricción).

El empleador procede a calcular la retribución vacacional teniendo en consideración los porcentajes antes indicados y ante ello, el trabajador se opone por cuanto entiende que le han de ser abonadas las vacaciones íntegramente a razón del 100% de la remuneración.

34. El problema, por tanto, suscitado, se plantea por la posible incompatibilidad que el derecho nacional prevé -y que fundamentaría la actitud empresarial- con el Derecho de la Unión, en cuanto éste recoge la necesidad de que las vacaciones sean retribuidas.

Y, aun cuando no se desconoce por parte de la normativa nacional el derecho a que en esta situación el trabajador disfrute de vacaciones retribuidas, el TJUE entiende que si se aminora la cantidad a percibir durante este periodo, en realidad se estaría admitiendo que las vacaciones sólo se remunerarían íntegramente si se hubiera trabajado a tiempo completo en el periodo inmediatamente anterior.

Por esta razón, y acogiéndose los argumentos del Abogado General, el TJUE llega a la conclusión de la necesidad de valorar que en esos periodos previos, el trabajador se hallaba en situación de enfermedad siendo esta una situación “imprevisible y ajena” al empleado, por lo que no ha de tenerse en cuenta la reducción en la retribución experimentada a la hora de cuantificar la remuneración durante el periodo vacacional y ello con independencia de que la situación de baja subsista durante ese lapso.

⁶¹ En la STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-155/10 (también comentada por J.M MIRANDA BOTO Y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Marzo-septiembre 2011. *Actum Social* núm.56. Octubre 2011) partiendo de la premisa de que la remuneración durante el periodo vacacional deber ser la ordinaria, esto es la que normalmente percibe el trabajador. Ciertamente, reconoce el TJUE que la estructura salarial es algo que compete a las legislaciones nacionales, pero no ha de olvidarse que esta circunstancia no puede tener como consecuencia el incidir sobre el derecho del trabajador a disfrutar del periodo vacacional bajo circunstancias análogas -en cuanto a la remuneración se refiere- a las que tiene derecho durante el periodo prestacional. De ahí que sí se puedan excluir de las partidas a abonar durante las vacaciones aquellas cantidades que son abonadas para sufragar los gastos en los que pueda incurrir el trabajador, pero no otros que (en este caso específico) estaban anudados a su condición personal y profesional como piloto de línea aérea (específicamente un plus de horas de vuelo).

D) ¿La regla de la proporcionalidad se puede aplicar para calcular el periodo vacacional de un trabajador a tiempo parcial?

35. La respuesta es afirmativa⁶². Las legislaciones nacionales podrán disponer que sus trabajadores a tiempo parcial⁶³ no disfruten de los mismos días vacacionales que los trabajadores a tiempo completo, pues –según el sentir del TJUE⁶⁴– se trataría ésta de una justificación por razón objetiva.

Téngase presente que el diferente tratamiento otorgado a un trabajador que presta sus servicios a tiempo parcial con respecto al que lo hace la jornada completa no es contrario a las directrices europeas, pues las situaciones de partida son diferentes⁶⁵.

36. Esta aseveración no es contraria a una legislación que opte por una conclusión diferente, a saber: que la determinación del periodo vacacional es independiente a la jornada que el trabajador tenga. De hecho, como es sabido, nuestra normativa interna opta por la solución contraria. Ciertamente, existe una diferencia en el tratamiento vacacional del trabajador a tiempo completo en relación con el que tiene jornada a tiempo parcial y esa diferencia no es, ni mucho menos, desdeñable, pero no se refleja en el número de días sino en el salario⁶⁶ al que tendrá derecho el trabajador cuando se encuentre durante sus vacaciones.

⁶² La STJUE de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11 (TJCE 2020/344) tuvo la ocasión de enfrentarse a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas por Alemania con relación a la adecuada interpretación del art.31.2 de la Carta y del art.7 de la Directiva 2003/88 en una situación muy peculiar por medio de la cual se preveía la suspensión de los contratos de trabajo durante un año de los trabajadores afectados por una medida de despido colectivo. Esta suspensión anulaba la obligación de trabajar durante ese periodo de un año, porque se difería hasta entonces la extinción a fin de que durante ese periodo de tiempo los trabajadores pudieran disfrutar de un subsidio que abonaba el empresario y que estaba acordado con el comité de empresa en un plan social.

Al hacerse efectiva la extinción, algunos de los trabajadores afectados reclamaron el importe de las vacaciones del año de suspensión y es, en este punto, en el que se plantea si la denegación del montante correspondiente era conforme al Derecho de la Unión. Finalmente, el TJUE entiende que la situación descrita no se puede asimilar a un supuesto de incapacidad temporal –básicamente porque durante el tiempo que dura la suspensión la salud del trabajador está intacta– y aplica la misma regla que pesa sobre los trabajadores a tiempo parcial, esto es, el principio de *pro rata temporis* por lo que el periodo vacacional se reduce en función de la disminución del tiempo de trabajo.

En la STJUE de 3 de marzo de 2021, C-841/19 (La Ley 22436/21. EU: C: 2021:59) entendiendo que es un criterio objetivo el establecer una diferencia entre el tratamiento de contratos a tiempo completo y a tiempo parcial, lo que le lleva a determinar que es conforme al Derecho comunitario establecer una diferente asunción de responsabilidades de nuestro FOGASA frente a las relaciones laborales a tiempo parcial.

⁶³ La Cláusula 3 de la Directiva 97/81, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial) define al trabajador parcial como aquel “trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un periodo de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable”.

Compárese esta redacción con la procurada por nuestro legislador interno en el art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores (RD.Leg. 2/2015, de 23 de octubre): “El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

El trabajador a tiempo completo comparable es, a los efectos, de la cláusula del Acuerdo Marco el “trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias”. El parámetro de comparación es el mismo en nuestro sistema interno (art.12.2 del Estatuto de los Trabajadores: “...trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar”), precisándose que en los supuestos en los que no exista posibilidad de llevar a cabo la comparación (no existe el trabajador a tiempo completo que reúna los caracteres enunciados en el precepto legal), se entenderá por trabajador a tiempo completo aquel que preste sus servicios durante la jornada prevista en convenio colectivo como máxima y, si no existiera convenio o esta previsión convencional, trabajador a tiempo completo será el que tenga una jornada semanal de cuarenta horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art.34.1 del Estatuto de los Trabajadores; Cláusula 3. 2) 2º párrafo del Acuerdo Marco).

⁶⁴ 22 de abril de 2010, C-486/08, TJCE 2010/117.

⁶⁵ STJUE de 12 de octubre de 2004, C-313/02. Comentario en M.S. HERRAIZ MARTIN: “El contrato a tiempo parcial y el papel de las horas complementarias: una regulación jurídica decadente e ignorada, ¿a propósito? *Trabajo y Derecho* 79-80/2021 (julio-agosto). Versión electrónica.

⁶⁶ El principio de proporcionalidad es el que impera en esta materia en lo que se refiere a la retribución de vacaciones en el ordenamiento español. La duración, insistimos, es la misma (a título de ejemplo, STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2003, rec.4770/2003), variando tan solo la retribución (STS de 23 de mayo de 1997, EDJ 6596).

De hecho, si se nos permite, entendemos que aquí el Derecho español cumple con más exactitud las expectativas previstas en el Acuerdo Marco. Si uno de los pilares del mismo es consagrar la igualdad entre el tratamiento dispensado a trabajadores a tiempo completo en relación con el otorgado a trabajadores a tiempo parcial y fomentarlo⁶⁷, no parece que se logre precisamente acortando la duración de las vacaciones a los trabajadores parciales.

37. No encontramos, por tanto, razón objetiva que justifique esa minoración en la duración de las vacaciones. En realidad, si las vacaciones de un trabajador a tiempo parcial son abonadas a razón de sus retribuciones ordinarias (las que percibe teniendo en consideración esa jornada inferior que realiza) ya se está excepcionando la igualdad en el tratamiento entre jornada completa y parcial, por lo que si también tiene incidencias en el periodo de disfrute es como si el trabajador a tiempo parcial sufriera una doble consecuencia perjudicial a sus intereses: menor salario y menor duración vacacional, sin que existan dos claras “razones objetivas” que las amparen.

Abundando en lo anterior, y rescatando ideas puestas de manifiesto por el mismo Tribunal de Justicia, la regla *pro rata temporis* que es la que, a nuestro juicio, está detrás de este planteamiento permisivo del Tribunal de Luxemburgo sólo puede aplicarse en lo que se refiere a las “condiciones de empleo económicas, relativas, por ejemplo, a las retribuciones y a las pensiones”⁶⁸.

E) Coincidencia de situaciones de hecho: permisos retribuidos y vacaciones

38. Se plantea qué respuesta ha de ofrecerse a la coincidencia entre las situaciones que originan el derecho a una licencia o permiso retribuido y el periodo vacacional o de descanso semanal⁶⁹. El litigio del que surge el planteamiento de la cuestión prejudicial⁷⁰ se incoa conforme al Derecho español, por lo que estimamos oportuno recordar brevemente la regulación legal -y convencional- de estos permisos.

El art.37 de nuestra norma básica laboral enumera una serie de situaciones que generan en el trabajador el derecho subjetivo a ausentarse de su puesto de trabajo sin perder por ello la remuneración

⁶⁷ La idea de impulsar la celebración de contratos a tiempo parcial se consagra en diferentes sentencias del TJUE. Así, a título de ejemplo, la STJUE de 24 de abril de 2008 (TJCE 2008/95).

Acaso por ello, la Cláusula 5 del referido Acuerdo Marco encomienda a los Estados miembros a la identificación de los obstáculos que imposibilitan la aplicación de la jornada a tiempo parcial, a fin de erradicarlos, haciendo una llamada también a los interlocutores sociales en el mismo sentido.

⁶⁸ STJUE de 10 de junio de 2010 (C-395/08 y C-396/08 TJCE 2010/171). El resumen de esta sentencia, en breves palabras, por A. I. PÉREZ CAMPOS, “Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Enero-junio 2010). *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 10/2010 parte Fichas de Jurisprudencia. BIB 2010/1908. “En efecto, la consideración del periodo de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante su carrera, en comparación con el desarrollado a tiempo completo, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada a sus derechos a pensión”. Por el contrario, este criterio –el de la parcialidad en su jornada- no podría ser empleado a los efectos de determinar “la fecha de adquisición del derecho a pensión” básicamente porque esta se calcula en función de la antigüedad del trabajador, parámetro este que no ha de tener en consideración el número de horas trabajadas.

⁶⁹ Téngase en cuenta, y así se señala por A.V. SEMPERE NAVARRO, “Video-comentario a la STJUE de 4 junio 2020 (JUR 2020,164681). Sobre si existe permiso remunerado durante las vacaciones”. *Aranzadi : Thomson reuters : Curso de actualización profesional (webcastlive.es)* en atención a lo que la propia Sentencia del TJUE propugna, que “ los permisos retribuidos no están contemplados en las normas de la UE, luego los problemas que plantean tampoco van a ser resueltos por el Tribunal de Luxemburgo, salvo que afecten directamente a otras materias que sí estén en el Derecho comunitario”. Esto es, “los permisos retribuidos que regula la norma paccionada no pueden asimilarse al derecho a vacaciones anuales retribuidas, atendiendo a la distinta esencia a que responden” (R. VICENTE ANDRÉS, “El derecho a las vacaciones anuales y los permisos retribuidos, análisis de la STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18)”. *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 4/2021. BIB/2021/1681).

Por ello, no se entienden aplicables los arts. 5 y 7 de la Directiva 2003/88 -que acogen el descanso semanal y vacaciones, respectivamente- a las licencias o permisos retribuidos.

⁷⁰ Planteada por la Sala de lo Social de nuestra Audiencia Nacional con motivo de un conflicto colectivo: “1) El artículo 5 de la Directiva 2003/88 ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso?”

2) El artículo 7 de la Directiva 2003/88 ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento?”

salarial. El problema surge con la falta de precisión legal en torno a los plazos, por cuanto no se alude expresamente si los mismos hacen referencia a días hábiles o naturales, más allá de los quince días (naturales) a los que tiene derecho el empleado por razón de matrimonio.

Por su parte, el convenio colectivo concreto de aplicación a la relación laboral entablada si bien modificaba al alza los lapsos temporales, adolecía de idéntica imprecisión.

39. La situación descrita tiene indudables efectos prácticos⁷¹. No es lo mismo que los plazos sean naturales (en cuyo caso, si coinciden con períodos de descanso se subsumirían y consumirían en estos lapsos ahora señalados) que sean hábiles, porque en esta última situación, el *diez ad quo* sería el primer día laborable que hay que prestar servicios, esto es, una vez finaliza el periodo de descanso de la prestación laboral.

Además, si en el cómputo del lapso se han de excluir los que no son de trabajo efectivo, tendríamos que excluir los posibles días en los que no existe obligación de prestar servicios.

40. La segunda opción es, aunque pueda resultar obvia esta conclusión, más favorable para el trabajador por cuanto le hace “ganar” más días que se sumarían al periodo de descanso anterior.

Por supuesto, para ambas posibilidades existen argumentos que en principio se pueden sustentar válidamente. Así, a favor de la regla de entender que han de computarse los períodos en atención a días naturales, acudimos al Código Civil y, concretamente, al art.5 de esta norma (supletoria en el ámbito laboral).

A favor de la segunda interpretación también se puede emplear un argumento “supletorio”. El trato que se ha de dispensar ha de ser exactamente el mismo que tiene la coincidencia entre el periodo vacacional y los supuestos de incapacidad temporal y, además, si no se llegara a esta conclusión en realidad se vaciaría de contenido el periodo vacacional (o, en general de descanso) por cuanto el trabajador en esta situación se dedicaría realmente a atender al objetivo al que el permiso se destina. Esto es, dejaría de disfrutar de su tiempo de ocio/descanso para atender a las situaciones que dan lugar a los permisos (hospitalización, nacimiento de hijo, *v.gr.*)

41. La Gran Sala del TJUE – Sentencia de 4 de junio de 2020, C-588/18 (TJCE 2020/136) observa nuestro precepto (art.37 ET) y expone cuáles son los requisitos para generar el derecho. Así, de un lado nos encontramos con la necesidad de que se “produzcan los acontecimientos” descritos en la norma y, de otro que esos sucesos surjan “durante un periodo de trabajo”⁷².

Es decir, que la clave se halla en la falta de ubicuidad del trabajador. Si no existiera una exención al deber de trabajar, el empleado no podría hacer frente a determinadas “necesidades u obligaciones”, pues estos permisos “están indisociablemente unidos al tiempo de trabajo”⁷³.

F) Situaciones particulares: cómputo del periodo de descanso cuando el trabajador ha suscrito varios contratos con el mismo empresario

42. La respuesta que ofrece el TJUE (STJUE de 21 de marzo de 2021, C-585/19, EU:C:2021:210) es clara: se han de tener en cuenta todos los contratos formalmente suscritos como si uno fuera. Sólo así se puede garantizar la efectividad del derecho al descanso.

La conclusión contraria se opondría al objetivo perseguido por la Directiva, pues al empresario le resultaría fácil deshacerse de su obligación de procurar el descanso al trabajador segmentando la

⁷¹ A.V. SEMPERE NAVARRO: “En el tema de los permisos remunerados, al igual que en el tema de las vacaciones está sujeto a una interpretación jurisprudencial muy importante”.

⁷² Ante este pronunciamiento, la Audiencia Nacional española (Sentencia de 6 de julio de 2020, rec. núm. 113/18) ofrece una respuesta concreta al problema planteado acogiendo el criterio del TJUE. Esta misma línea es por la que se opta en Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de septiembre de 2020, rec. núm. 244/18)

⁷³ A.V. SEMPERE NAVARRO: “La jurisprudencia comunitaria de 2020 en temas laborales”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2021. BIB 2021/1593.

relación laboral y haciendo que ésta en vez de documentarse a través de un solo contrato, recibiera el respaldo documental de varios⁷⁴.

43. Hay una cuestión que, no obstante, no se ha resuelto por no haber sido objeto de planteamiento. ¿Qué ocurriría en las situaciones de pluriactividad o pluriempleo?

Las posibilidades teóricas son dos. De un lado, entender que lo relevante a estos efectos es la situación en la que se halla el trabajador con independencia de cuáles o cuántos fueran los lazos laborales o prestacionales suscritos; de otro, comprender que el descanso se predica autónomamente, examinando cada uno de los vínculos independientemente, sin entremezclar las diferentes situaciones laborales en las que se halle el trabajador.

Expresado de otra manera, si el trabajador estuviera en alguna de las situaciones indicadas de pluriempleo o pluriactividad, estaríamos ante relaciones (laborales o no) diferentes, y cada una de ellas originaría derechos de descanso autónomos, sin que admitiera su acumulación a los efectos ni de determinación de la jornada máxima ni de los tiempos de descanso.

Precisamente, esta segunda opción es la que entendemos pertinente, pues llegar a una conclusión diversa supondría que el descanso lo sería en relación al trabajador y no al vínculo laboral, implicando de *facto* una limitación que también redundaría en perjuicio de su libertad, de su derecho al trabajo⁷⁵. Si mantuviéramos otra posición, no sería posible concertar relaciones laborales desde el instante en que en una se alcanzara la jornada completa y también aquí nos encontraríamos ante otra disquisición, ¿qué hemos de entender por jornada completa? ¿Sería la que marque, en su caso, el convenio de aplicación o, a estos exclusivos efectos, se le permitiría mantener otra relación laboral cuando haya una diferencia entre lo que se prevé convencionalmente y la jornada máxima que marca la Ley laboral entendiendo que ésta siempre será respetuosa con los límites indicados en la Directiva 2003/88/CE?

A mayor abundamiento, nos quedamos con las palabras del TJUE en la sentencia indicada al principio del presente epígrafe que, para responder a la cuestión suscitada siempre se refiere a la necesidad de examinar “los contratos de trabajo celebrados por un trabajador con el empresario”⁷⁶, lo que redundaría en la idea de que el descanso es una obligación que asume cada empleador con respecto a su trabajador.

44. Como anticipábamos, no obstante, es éste un interrogante que no ha recibido respuesta, existiendo autores que abogan por una interpretación totalmente contraria a la que hemos reflejado en los párrafos anteriores⁷⁷; falta de unanimidad y, hasta la fecha, falta de planteamiento ante las instancias

⁷⁴ “el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto o a cada uno de ellos por separado.”

⁷⁵ Específicamente, situados en España, entendemos se conculcaría el derecho constitucional consagrado en el art.35 de la Constitución. Al limitarse el número de relaciones laborales posibles a la circunstancia de no rebasar la jornada máxima, se le estaría imposibilitando ejercer su libertad para elegir profesión u oficio. Piénsese que, en ocasiones, la persona tiene una relación laboral sólida pero en la que carece de desarrollo profesional con la que consigue el sustento económico y otra de menor intensidad temporal en la que sí despliega sus intereses y verdaderas vocaciones profesionales. De prosperar la interpretación favorable a la limitación en el número de contratos con base a la también limitación de la jornada, se le aboca a un trabajo que no consigue ese desarrollo profesional ignorándose la relevancia que este tiene también a los efectos de procurar su salud tal y como es entendida por la OMS.

⁷⁶ Así, parágrafo 45 y 46.

⁷⁷ Así, M. NOGUEIRA GUSTAVINO (8 de mayo de 2021) “¿Es cierto que el TJUE ha declarado que el descanso diario entre jornadas es siempre por trabajador y no por contrato?, *ALMACÉN D DERECHO*. <https://almacenederecho.org/es-cierto-que-el-tjue-ha-declarado-que-el-descanso-diario-entre-jornadas-es-siempre-por-trabajador-y-no-por-contrato>. Se basa en la interpretación histórica “sobre la propia institución y el origen del establecimiento de la jornada máxima legal y los descansos mínimos a ella vinculados”, así como en la necesaria protección del trabajador. En nuestra opinión, el esquema de pensamiento desplegado para un trabajador que suma varios contratos de trabajo –sin llegar con ninguno de ellos a la jornada completa- para un solo empresario no es el que se debe desplegar para solventar posibles dudas originadas en atención a la suscripción de diversas relaciones laborales con distintos empresarios; el trabajador en el primer supuesto no ha elegido la segmentación, pero en el segundo es más que probable que sí lo haya hecho; las posibilidades de negarse a lo que le ofrece el empresario –parcelar la relación laboral- son infinitamente menores que las que tiene cuando disponiendo de una relación laboral a tiempo completo, decide además suscribir otro vínculo o simplemente prestar servicios para los que se encontraría incardinado en otro (situándonos en España) Régimen de la Seguridad Social.

De igual forma, aunque este argumento sea más local y afecte particularmente a nuestro ordenamiento jurídico, de admitirse la limitación por trabajador y no por contrato, quedarían vacías cláusulas como de la permanencia.

judiciales que nos hacen (de la mano de M. NOGUEIRA GUSTAVINO) asomarnos a otros países de nuestro entorno para conocer qué tratamiento le han dado hasta la fecha a la cuestión que hemos apuntado⁷⁸.

V. Conclusiones

45. Aun cuando de la prolífera doctrina, específicamente del TJUE pudiera entenderse que los problemas acerca de la delimitación del tiempo de trabajo se encuentran más o menos encauzados, lo cierto es que la implantación de formas no tradicionales de prestación del servicio por cuenta ajena, suponen la aparición de nuevas incógnitas que probablemente necesiten ser atendidas por el Tribunal de Luxemburgo.

En este sentido, piénsese específicamente en el trabajo de plataformas fomentado por el fácil -y asequible- acceso a los instrumentos y útiles que se precisan para prestar con eficacia estos trabajos.” En este tipo de prestaciones la delimitación entre el tiempo de trabajo y el de descanso se vuelve cada vez más difusa⁷⁹. Acaso estas nuevas realidades prestacionales también van a necesitar de contemplaciones normativas específicas. Así, y aun cuando desde nuestro modesto punto de vista la opción alcanzada por el TJUE sobre la dual consideración del tiempo, descartando zonas grises que compartan notas tanto de la categoría jurídica de jornada como de la de libre disposición por el trabajador, es positiva y redundante a favor de la ansiada seguridad jurídica, estas realidades de prestaciones de servicio que se llevan a cabo en plataformas, sí merecen abrir un debate acerca de cómo se lleva a cabo el trabajo y qué actividades concretas se realizan, a fin de deslindar con mayor claridad qué es tiempo de trabajo y cuál no lo es, lo que nos obliga a preguntarnos sobre si el trabajador en cada una de esas tareas (o periodos de inactividad) tiene un margen de libertad para organizar su tiempo o carece del mismo.

46. La preocupación por este elemento central de la relación laboral (jornada) parece ser atemporal, lo que se advierte no sólo por la cantidad de pronunciamientos judiciales fuera de nuestras fronteras, sino por lo coetáneo de los mismos y por la necesidad de impulsar desde el ámbito de la Unión Europea una normativa clara que delimite los tiempos de trabajo. Esta regulación logrará también conseguir que las relaciones laborales sean más transparentes (en el sentido indicado por la Directiva 2019/1152, de 20 de junio relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión europea), lo que a su vez redundará en la mayor equiparación entre los sacrificios e intereses que cada una de las partes contractuales (empresario y trabajador) ostentan.

⁷⁸ M. NOGUEIRA GUSTAVINO (8 de mayo de 2021) “¿Es cierto que el TJUE ha declarado que el descanso diario entre jornadas es siempre por trabajador y no por contrato?. Indica que países como Dinamarca, Letonia, Hungría, Malta, Polonia, Portugal, Rumanía y Eslovaquia siguen la línea de delimitar el tiempo de trabajo máximo en atención a la relación laboral y no en función del trabajador. Por su parte, Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Francia, Alemania, Luxemburgo, Reino Unido, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Países Bajos y Eslovenia lo hacen atendiendo al trabajador con independencia del número de contratos suscritos.

⁷⁹ M.T IGARTUA MIRÓ: “La flexibilización del tiempo de trabajo”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm.83, 2021. Versión electrónica (smarteca.es). Señala que más allá de la posible conveniencia -o no- de un tratamiento normativo enfocado en las prestaciones de servicio a plataformas, sí que sería necesario “un régimen jurídico propio para el tiempo de trabajo” que pasaría por la revisión de “la tradicional concepción binaria, con una reconfiguración de aquellos lapsos temporales (tercer tiempo) con difícil encaje en el concepto europeo de tiempo de trabajo (art.2.1 de la Directiva 2003/88/CE) con claros rasgos de obsolescencia y tres notas características (permanencia en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones), pero que tampoco permiten el descanso efectivo”.

La regulación del derecho a la protección de datos en los Estados Unidos: hacia un RGPD norteamericano

The regulation of data protection law in the United States: towards an American GDPR

MOISÉS BARRIO ANDRÉS

*Letrado del Consejo de Estado - Doctor en Derecho - Profesor de Derecho Digital
Director del Diploma de Alta Especialización en Legal Tech y transformación digital (DAELT) de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 01.07.2022 / Aceptado: 19.07.20220

DOI: 10.20318/cdt.2022.7181

Resumen: Este estudio aborda el examen de los marcos jurídicos existentes en materia de privacidad y protección de datos en los Estados Unidos, tanto a nivel federal como estatal. Constituyen un intrincado puzzle regulatorio que ha sido duramente criticado por su falta de eficacia, obsolescencia y deficiente técnica normativa. Los Estados, por su parte, han comenzado a promulgar sus respectivas leyes tuitivas, lo cual crea diferentes obligaciones para las empresas sin garantizar de forma coherente que los individuos reciban una protección adecuada. Esta situación aspira ser corregida por medio de una próxima ley federal en la materia: la *American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA), cuyas líneas maestras se exponen en el trabajo.

Palabras clave: American Data Privacy and Protection Act (ADPPA); privacidad; protección de datos.

Abstract: This paper addresses the review of the existing privacy and data protection legal frameworks in the United States, both at the federal and state levels. They constitute an intricate regulatory puzzle that has been heavily criticized for its lack of effectiveness, obsolescence, and poor regulatory technique. The States, for their part, have begun to enact their respective privacy and data protection laws, which create different obligations for companies without consistently ensuring that individuals receive adequate protection. This situation is expected to be corrected by means of a forthcoming federal law on the subject: the American Data Privacy and Protection Act (ADPPA), the outlines of which are set out in the paper.

Keywords: American Data Privacy and Protection Act (ADPPA); privacy; data protection.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación federal de la protección de datos. III. La regulación estatal de la protección de datos. IV. Hacia una ley federal de protección de datos: la American Data Privacy and Protection Act (ADPPA). V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En los Estados Unidos, y a pesar de lo que pudiera parecer, la mayor parte de los marcos jurídicos existentes en materia de privacidad y protección de datos, tanto a nivel federal como estatal, ofrecen salvaguardias incompletas contra bastantes de los atentados y daños a la privacidad y la seguri-

dad de la información que se vienen produciendo desde la generalización¹ de Internet. Muchos de estos grupos normativos han sido criticados durante largo tiempo por los expertos² en derecho de la privacidad, quienes subrayan su falta de eficacia, obsolescencia y deficiente técnica normativa. Ahora, las tecnologías disruptivas como la robótica, la inteligencia artificial, *blockchain*, el Internet de las Cosas o el metaverso, amplían exponencialmente estas deficiencias, ya que agravan los problemas de privacidad y protección de datos existentes.

2. En efecto, por el momento no existe una única ley federal que regule de forma exhaustiva el uso de los datos personales de los ciudadanos. Aunque se reconoce un derecho constitucional a la privacidad individual amparado por el Tribunal Supremo, en esencia este derecho protege a la persona contra la intrusión del poder público, pero hace “poco para evitar que los actores privados abusen de los datos personales en línea”, tal y como denunció hace mucho tiempo el profesor FROMKIN.³ Además, el marco normativo federal vigente carece de uniformidad, tal y como tendremos ocasión de comprobar en el próximo epígrafe. A ello se suma la competencia concurrente de varias agencias federales para hacer cumplir la amplia gama de leyes y reglamentos de privacidad y protección de datos en este escalón federal.

3. En cuanto al nivel estatal, a fecha de escribir estas líneas en junio de 2022 cinco Estados ya han promulgado sus respectivas leyes tuitivas, y más de la mitad de los Estados están desarrollando iniciativas legislativas al respecto. Pero este mosaico de normas crea diferentes obligaciones para las empresas sin garantizar de forma coherente que los individuos reciban una protección adecuada. Incluso, la pionera *California Consumer Privacy Act* de 2018, la CCPA, tiene varias limitaciones y lagunas⁴, y por eso ha tenido que ser reformada en 2020, como señalaremos más adelante. A examinar estos dos niveles de legislación, federal y estatal, dirigiremos nuestros próximos pasos.

II. La regulación federal de la protección de datos

4. La apuntada ausencia de una ley principal federal en la materia ha venido siendo suplida por medio de un acervo de leyes y reglamentos federales sobre privacidad que varían en cuanto a su finalidad y alcance. Los podemos ordenar en dos grupos. Un primer conjunto de estas leyes se caracteriza por el tipo específico de información que pretende regular. Por ejemplo, la *Cable Communications Privacy Act* de 1984 regula la privacidad de la información de los servicios de telecomunicaciones por cable.⁵ Otras leyes notables sobre privacidad de los datos en este grupo son la *Computer Fraud and Abuse Act* de 1986⁶, la *Video Privacy Protection Act* de 1988⁷ y la *Children’s Online Privacy Protection Act* (COPPA) de 1998⁸, concernientes, respectivamente, a los datos obrantes en un sistema informático, a los de alquiler o venta de material audiovisual y a los datos de los menores de edad.

5. El segundo conjunto normativo se contiene en la legislación federal sectorial. Los cuatro ámbitos principales con regulación propia en la materia son los servicios financieros, la sanidad, las telecomunicaciones y la educación. En el sector de los servicios financieros, la *Fair Credit Reporting Act* de 1970, modificada posteriormente por la *Fair and Accurate Credit Transactions Act* de 2003⁹, regula el uso de la información personal relacionada con el crédito. Además, la *Gramm-Leach-Bliley Act*

¹ Lo hemos estudiado detenidamente en M. BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª edición, 2020, pág. 74 y ss.

² Por ejemplo, D. J. BODENHAMER (ed.), *The Bill of Rights in modern America*, Bloomington (Indiana), Indiana University Press, 2022, 3.ª edición, capítulo 9.

³ A. M. FROMKIN, “The Death of Privacy?”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000.

⁴ S. W. PINK, *California Consumer Privacy Act Annotated*, California, Practising Law Institute (PLI), 2020, §1.1.22.

⁵ 47 U.S.C. § 551(a)–(h).

⁶ 18 U.S.C. § 1030 (Supp. II 1987).

⁷ 18 U.S.C. § 2710.

⁸ 15 U.S.C. §§ 6501–6506.

⁹ 15 U.S.C. §§ 1681–1681x.

(GLBA) de 1999¹⁰ disciplina el uso de los datos personales que están en manos de entidades de servicios financieros, como los bancos y las aseguradoras. La GLBA tutela el uso de la “información personal no pública”, que incluye la información personal que las empresas de servicios financieros recogen¹¹ en relación con sus productos o servicios.

6. En cuanto a los datos relativos a la salud, la ley federal más importante en materia de privacidad y protección de estos datos es la *Health Information Portability and Accountability Act* (HIPAA) de 1996.¹² Esta ley rige el uso y la privacidad de la información sanitaria que poseen las entidades objeto de la norma, como los hospitales u otros proveedores de servicios médicos. Además, impone requisitos de ciberseguridad que protegen la información sanitaria personal. La HIPAA restringe la capacidad de los sujetos obligados de intercambiar, vender o divulgar los datos protegidos, salvo que medie consentimiento del interesado. De forma similar a la HIPAA, la *Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA) de 1974¹³ reconoce el derecho de los estudiantes y sus familias a acceder a sus registros educativos, incluida la información personal sobre el estudiante, y a prohibir la divulgación de los registros sin consentimiento. Pero la FERPA sólo tutela los registros personales en el sector educativo, dejando muchos datos sin protección. Por ejemplo, una grabación de vídeo de una clase en línea sólo constituye un registro educativo¹⁴ bajo la FERPA si “son directamente concernientes a un estudiante y son mantenidos por una institución educativa”. Por último, la *Telephone Consumer Protection Act* de 1991¹⁵ disciplina la ejecución de las llamadas y los mensajes de texto automáticos de contenido publicitario a los consumidores.

7. Para concluir la exposición general de las leyes federales de privacidad actuales, debemos notar que varias agencias administrativas tienen jurisdicción para hacer cumplir el complicado puzle normativo. Sin embargo, Estados Unidos no cuenta con una agencia reguladora exclusiva para la protección de datos y la privacidad. Como ya sabemos, las leyes son específicas del sector o correspondientes a la concreta naturaleza de la información y son aplicadas por diferentes agencias federales, a menudo con competencias no bien delimitadas. Algunas de estas agencias son el Departamento de Comercio del Gobierno Federal (DoC por sus siglas inglesas), la Comisión de Valores y Bolsa (SEC), la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) y el Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS). De estas, las dos agencias con las potestades más amplias para la aplicación de la regulación de la protección de datos personales son la Comisión Federal de Comercio (la FTC o Federal Trade Commission) y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor (la CFPB o Consumer Financial Protection Bureau).

8. Más específicamente, la FTC ostenta la más amplia jurisdicción y autoridad sobre la privacidad de los datos, cubriendo efectivamente los vacíos regulatorios dejados por otras normas federales, tal y como han estudiado HARTZOG y SOLOVE.¹⁶ Su autoridad se deriva de la sección quinta de la *Federal Trade Commission Act* (FTCA) de 1914, que prohíbe los “actos o prácticas desleales o engañosos” que afecten al comercio.¹⁷ La sección quinta de la Ley define el alcance de la cláusula de “actos o prácticas desleales o engañosos” (es decir, los *unfair and deceptive acts or practices* o UDAP) en relación con el comercio dentro de naciones extranjeras.¹⁸ La sección quinta faculta a la FTC a proteger a los consumidores contra los UDAP investigando e iniciando acciones contra las empresas que actúan de forma engañosa o desleal. En el ámbito de la protección de datos, la FTC afirma que “las empresas actúan de forma engañosa cuando recopilan, utilizan o revelan información personal de una manera

¹⁰ 15 U.S.C. §§ 6801–6809, 6821–6827.

¹¹ *Ex* 15 U.S.C. § 6809(9).

¹² Public Law No. 104-191, 110 Stat. 1936.

¹³ 20 U.S.C. § 1232g.

¹⁴ 20 U.S.C. § 1232g(a)(5).

¹⁵ 47 U.S.C. § 227.

¹⁶ W. HARTZOG Y D. J. SOLOVE, “The Scope and Potential of FTC Data Protection”, *George Washington Law Review*, Vol. 83, 2015.

¹⁷ 15 U.S.C. § 45(a)(1).

¹⁸ 15 U.S.C. § 45(a)(1).

que contradice su política de privacidad publicada u otras declaraciones, o cuando no protegen adecuadamente la información personal”.¹⁹ Ahora bien, sus potestades están limitadas por lo establecido en la FTCA. Por ejemplo, en la mayoría de los asuntos concernientes a la protección de datos, la FTC no puede imponer sanciones civiles. Por eso, la FTC ha venido promoviendo una autorregulación en la materia, preocupada también por la posible afectación que la regulación pudiera tener en la innovación.

9. De forma similar a la competencia de la FTC sobre los UDAP, la CFPB tiene jurisdicción para abordar los actos o prácticas desleales o engañosos, así como las prácticas “abusivas” en el sector financiero.²⁰ La CFPB reputa que un acto o práctica es abusivo si “interfiere materialmente con la capacidad de un consumidor para entender un término o condición de un producto o servicio financiero de consumo”²¹, o si se aprovecha de forma irrazonable de la falta de comprensión del consumidor o de su incapacidad para proteger sus intereses. En la actualidad, la CFPB sólo tiene jurisdicción en el contexto de los servicios y productos financieros. La señalada Oficina de Protección Financiera del Consumidor se ha mostrado reacia a ampliar su competencia más allá de esos límites en el espacio más amplio de la privacidad y la seguridad de los datos, al decir de VAN LOO.²²

10. A la postre, y debido a que no existe una ley federal completa en este campo, hay cientos de requisitos legales dispares relacionados con los datos de los ciudadanos y la privacidad, según ha estudiado TRAUTMAN.²³ La falta de uniformidad regulatoria complica el cumplimiento normativo y la seguridad jurídica, y deja a los consumidores sin un entendimiento real de sus derechos sobre los datos personales.

11. Como botón de muestra, podemos traer a colación el uso de datos de salud. Muchos ciudadanos revelan en línea información detallada y sensible sobre su salud. A través de tecnocomplementos o *wearables*, publicaciones en las redes sociales, búsquedas en la Web y las interacciones en foros de pacientes en línea, los usuarios generan grandes volúmenes de datos de salud, lo cual se agrava de forma paradigmática en el Internet de las Cosas.²⁴ Sin embargo, la HIPAA sólo obliga a las entidades enumeradas en el ámbito de aplicación de la norma que “poseen información sanitaria protegida”, y únicamente cubre los datos sanitarios identificables. De este modo, servicios de la sociedad de la información como los que prestan Google, Facebook y Twitter no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la HIPAA. Tampoco quedan cubiertos los dispositivos del IoT, porque “no proporcionan servicios médicos o de salud”.²⁵ Asimismo, los datos de salud anonimizados no están protegidos por dicha ley. De este modo, y como advierte DETERMANN, las empresas pueden “utilizar los datos de salud para diversos fines dirigidos a los consumidores y a los pacientes sobre la base de perfiles elaborados a partir del comportamiento de los usuarios rastreados, los datos adquiridos de otras fuentes y los análisis predictivos”.²⁶ Las importantes lagunas e incoherencias normativas en materia de privacidad de los datos de salud son sólo un ejemplo de cómo el actual esquema normativo no favorece la supervisión eficaz ni la salvaguardia de los datos personales.

III. La regulación estatal de la protección de datos

12. A nivel de los Estados cabe detectar en esta década una honda preocupación por la protección de datos y su efectiva regulación. Unas dos docenas de Estados han propuesto su propia legislación, han

¹⁹ <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission>

²⁰ 12 U.S.C. § 5531(d).

²¹ *Ídem*.

²² R. VAN LOO, “Rise of the Digital Regulator”, *Duke Law Journal*, Vol. 66, 2017, pág. 1310.

²³ L. J. TRAUTMAN, “Governance of the Facebook Privacy Crisis”, *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 20, 2020.

²⁴ M. BARRIO ANDRÉS, *Internet de las Cosas*, Madrid, Editorial Reus, 3.ª edición, 2022, pág. 58.

²⁵ 42 U.S.C. § 17935(d).

²⁶ L. DETERMANN, “Healthy Data Protection”, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 26, 2020, pág. 229.

designado grupos de trabajo o ya han promulgado leyes estatales de protección de datos en los últimos años. El hilo conductor ha sido la protección de los consumidores, como subraya SCHWARTZ.²⁷ Las normas estatales introducen un tímido conjunto de derechos y obligaciones en la materia, en comparación con el elevado estándar europeo²⁸ constituido por el Reglamento General de Protección de Datos.²⁹ En cuanto a las obligaciones que se imponen a los responsables del tratamiento, algunas normas exigen la notificación de las violaciones de seguridad de los datos, la evaluación de impacto de la protección de datos, la aceptación expresa de la venta de datos y un requisito de transparencia. Por lo que se refiere a los derechos de los ciudadanos, se reconocen los tradicionales derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), a través de los cuales los ciudadanos pueden conocer en todo momento quién dispone de sus datos y para qué fines están siendo utilizados.

13. En junio de 2022, cinco Estados ya han promulgado con éxito leyes de privacidad estatales completas que regulan la protección de los datos de los consumidores: California³⁰, Virginia³¹ y, más recientemente, Colorado³², Utah³³ y Connecticut.³⁴ Por su parte, Illinois³⁵ ha implementado una ley de privacidad de datos biométricos.

14. La pionera *California Consumer Privacy Act* (CCPA, por sus siglas en inglés) de 2018 entró en vigor en 2020 y ya ha tenido un impacto nacional. Si bien su ámbito de aplicación está limitado *ex lege* al estado californiano, pues protege a las personas físicas residentes en el mismo, la importancia de las empresas afectadas por la norma, que incluye a gigantes de Internet como Google, Facebook, Amazon y Microsoft, la dota, en la práctica, de una eficacia nacional. La Ley, que ha sido ampliada por medio de la *California Privacy Rights Act* (CPRA) de 2020³⁶ –tanto en nuevos derechos como con la creación de una agencia estatal de protección de datos³⁷–, está sirviendo de modelo normativo de muchos Estados.

15. La CCPA confiere a los consumidores tres derechos principales: en primer lugar, los residentes en California tienen derecho a conocer la información que las empresas han recopilado de ellos y si las empresas han vendido esta información; en segundo lugar, tienen derecho a optar por la venta de su información personal recopilada; y, por último, los allí residentes tienen derecho a eliminar sus datos personales recogidos, en determinadas circunstancias. La reforma de 2020 por medio de la CPRA limita la posibilidad de intercambio de datos personales, así como de datos personales sensibles, e introduce el derecho a la exactitud de los datos en cuya virtud los consumidores podrán exigir a las empresas que traten sus datos que realicen esfuerzos razonables para corregir los datos personales que poseen.

IV. Hacia una ley federal de protección de datos: la *American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA)

16. Ya en septiembre de 2018, la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información (National Telecommunications and Information Administration o NTIA) del Departamento federal

²⁷ P. M. SCHWARTZ Y D. J. SOLOVE, *Privacy Law Fundamentals*, Nueva York, IAPP, 6.ª edición, 2022, capítulo 1.

²⁸ M. BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2.ª edición, 2022, pág. 257 y ss.

²⁹ 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 o RGPD en lo sucesivo).

³⁰ California Consumer Privacy Act, Cal. Civ. Code §§ 1798.100–1798.199 (West 2018).

³¹ Virginia Consumer Data Protection Act, Va. Code Ann. §§ 59.1-575 al 59.1-585.

³² Colorado Privacy Act, Colo. Rev. Stat. Ann. §§ 6-1-1301 al 6-1-1313 (West 2021).

³³ Utah Consumer Privacy Act, S.B. 227.

³⁴ Connecticut Data Privacy Act. Public Act No. 22-15.

³⁵ Biometric Information Privacy Act, 740 Ill. Comp. Stat. 14/1 (2008).

³⁶ Cal. Civ. Code § 1798.100, *et seq.*

³⁷ La California Privacy Protection Agency (CPPA).

de Comercio abrió una consulta pública previa titulada “*Developing the Administration’s Approach to Consumer Privacy*”.³⁸

17. El objetivo de la consulta era determinar cómo proteger mejor la privacidad de los consumidores y, al mismo tiempo, fomentar la innovación. El texto de la consulta ponía de manifiesto los cambios derivados del entorno digital, “incluida la omnipresencia de la recopilación de datos personales”, y señalaba que los usuarios tienen una creciente preocupación por la privacidad de su información personal en línea. También ilustró cómo las actuales regulaciones federales fragmentadas desincentivan la innovación y dificultan el cumplimiento normativo para muchas empresas. El documento de la consulta esbozó el enfoque general de la Administración Trump para regular la privacidad de los consumidores: promulgar una regulación federal que aumente los resultados tuitivos de la privacidad de los consumidores y que, al mismo tiempo, auspicie un ecosistema regulatorio que permita un cumplimiento más fácil para mejorar la competencia y la innovación. La consulta proponía que fuera la FTC la agencia federal apropiada para hacer cumplir las regulaciones de protección de datos de los consumidores, a pesar de reconocer su falta de jurisdicción sobre otras leyes de privacidad como la HIPAA. Finalizada la consulta, con fecha 13 de noviembre de 2018, la NTIA comunicó³⁹ que había recibido más de 200 comentarios en respuesta a la consulta por parte de individuos, asociaciones de la industria, empresas, sociedad civil y académicos. También publicó⁴⁰ todas las observaciones recibidas.

18. Aunque la Administración Biden aún no ha dado a conocer un plan concreto para la legislación federal sobre protección de datos, su Administración ha adoptado algunas medidas relacionadas con la materia. En particular, nuevamente la NTIA, ahora bajo la Administración Biden, ha organizado tres audiencias públicas relativas a los datos personales en diciembre de 2021, específicamente sobre la intersección de la privacidad, la equidad y los derechos civiles.⁴¹ El presidente Biden también expidió una Orden Ejecutiva en julio de 2021 y titulada “*Promover la competencia en la economía estadounidense*”, con posibles implicaciones para la tutela de la privacidad y la supervisión, que quedó encomendada a la FTC, de la acumulación de grandes cantidades de datos.⁴²

19. De forma paralela, casi la mitad de los Estados están preparados para aprobar sus propias leyes de protección de datos en los próximos años, lo que agravará aún más las incoherencias en la regulación de esta materia en aquel país, como bien ha señalado un prestigioso sector doctrinal.⁴³ Los factores internacionales también pueden animar a la Administración Biden a impulsar una regulación integral de la protección de datos. La Unión Europea y Estados Unidos siguen negociando después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea anulara de nuevo el acuerdo de intercambio de datos entre la UE y Estados Unidos, conocido como el *Data Privacy Shield*, el pasado 16 de julio de 2020.⁴⁴ A mi juicio, una solución factible al problema de las transferencias internacionales de datos entre ambos sujetos de Derecho Público sería promulgar allí una ley federal de privacidad de datos uniforme.

20. La situación puede cambiar si finalmente se aprueba la llamada *American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA), que fue presentada con fecha 3 de junio de 2022⁴⁵ por un grupo de congresistas y senadores norteamericanos, de ambos partidos. Este proyecto de ley es la primera propuesta global de privacidad que obtiene un apoyo bipartidista y bicameral en Estados Unidos, y representa la mejor

³⁸ <https://www.federalregister.gov/documents/2018/09/26/2018-20941/developing-the-administrations-approach-to-consumer-privacy>

³⁹ <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2018/ntia-releases-comments-proposed-approach-protecting-consumer-privacy>

⁴⁰ <https://www.ntia.doc.gov/other-publication/2018/comments-developing-administration-s-approach-consumer-privacy>

⁴¹ <https://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/fr-ntia-listening-sessions-11302021.pdf>

⁴² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>

⁴³ P. M. SCHWARTZ Y D. J. SOLOVE, *op. cit.*, pág. 6.

⁴⁴ STJUE de 16 de julio de 2020, *Facebook Ireland y Schrems II*, asunto C-311/18.

⁴⁵ H.R. 8152. Disponible en <https://energycommerce.house.gov/sites/democrats.energycommerce.house.gov/files/documents/BILLS-117hr8152ih.pdf>

oportunidad para aprobar un marco federal de privacidad en décadas. La futura norma protegerá la privacidad y la seguridad de los datos de los consumidores e impedirá que las empresas recopilen éstos en exceso y hagan un uso indebido de los datos de los ciudadanos estadounidenses, a la vez que tutelaré a los menores, empoderará a los consumidores y proporcionará sólidos mecanismos de aplicación. Se trata de una norma profundamente inspirada en el RGPD. Su supervisión correrá a cargo de una sección especializada de la FTC, desechando el proyecto de ley la opción en favor de una nueva agencia independiente *ad hoc*.

21. Los datos incluidos en el ámbito de aplicación del proyecto de ley (los *covered data*), se definen como “información que identifica o está vinculada o razonablemente vinculada a una persona o a un dispositivo que identifica o está vinculado o razonablemente vinculado a una o más personas, incluidos los datos derivados y los identificadores únicos”. En cambio, no quedan comprendidos los datos anonimizados (*de-identified data*), los datos de los empleados o la información disponible públicamente. La FTC se encargará de emitir próximas orientaciones adicionales en las que precisará el alcance de estos conceptos.

22. El proyecto de ley impone a todas las entidades que traten datos personales cubiertos por la norma la obligación de no recopilar ni utilizar innecesariamente dichos datos, es decir, el principio de minimización de datos. Los sujetos obligados tendrán la obligación de aplicar políticas, prácticas y procedimientos razonables para recoger, procesar y transferir los datos cubiertos. Además, los sujetos obligados tendrán que proporcionar a los individuos políticas de privacidad que detallen las actividades de tratamiento, transferencia y seguridad de los datos de una manera fácilmente disponible y comprensible. Las políticas deberán incluir información de contacto, las filiales de la entidad cubierta a las que se transfieren los datos cubiertos, y los fines de cada categoría de datos cubiertos que el responsable del tratamiento recoge, procesa y transfiere.

23. Por otra parte, los sujetos obligados tendrán prohibido condicionar de forma directa o indirecta la prestación o terminación de servicios o productos a los interesados haciendo que éstos renuncien a cualquier derecho establecido por la futura ley. También se prevé una responsabilidad ejecutiva adicional para los grandes titulares de datos, incluyendo la exigencia de que los CEO y los responsables de privacidad certifiquen anualmente que su empresa mantiene controles internos razonables y estructuras de información para el cumplimiento de la norma.

24. Una novedad de calado es el establecimiento de un conjunto de derechos de los ciudadanos. Se reconocen así los derechos de las personas a acceder, rectificar, suprimir y transferir los datos cubiertos que les conciernen. Estos derechos son similares a muchos de los que disfrutaban los residentes de California en virtud de la CCPA de 2018. El derecho de acceso incluiría la obtención de los datos cubiertos en un formato legible y descargable de forma gratuita, así como que los individuos puedan conocer a quienes se han transferido los datos, las categorías de fuentes utilizadas para recoger cualquier dato cubierto y los fines del tratamiento y transferencias de los datos. Los derechos de rectificación y supresión de los datos implican el deber de las entidades afectadas de notificar a otras entidades a las que se transfirieron los datos la información corregida o la voluntad de que se eliminen los mismos.

25. Para cerrar el examen de las novedades más relevantes, debemos referirnos a la regulación de los algoritmos. Los sujetos obligados no pueden mediante inteligencia artificial recopilar, procesar o transferir los datos cubiertos de manera que se discrimine por motivos de raza, color, religión, origen nacional, sexo, orientación sexual o discapacidad. Esto no impide que los sujetos obligados segreguen un grupo de solicitantes, participantes o clientes. El proyecto de ley también obliga que los grandes titulares de datos que utilizan algoritmos evalúen sus algoritmos anualmente y presenten evaluaciones anuales de impacto algorítmico ante la FTC. Estas evaluaciones deben describir las medidas que la entidad ha tomado o tomará para mitigar los daños potenciales de los algoritmos, incluyendo cualquier daño específicamente relacionado con los menores de edad. Estas evaluaciones también tienen que tratar de

mitigar los daños algorítmicos relacionados con la publicidad para la vivienda, la educación, el empleo, la atención sanitaria, los seguros o el crédito, el acceso a los lugares de alojamiento público o las restricciones a los mismos, y cualquier impacto dispar en función de la raza, el color, la religión, el origen nacional, el género, la orientación sexual o la condición de discapacidad de una persona.

26. Como hemos adelantado, la Comisión Federal de Comercio (FTC) se encargará de hacer cumplir la norma. Además, la FTC asumirá algunas obligaciones nuevas, como el mantenimiento de un registro de intermediarios de datos o *data brokers* y la gestión de los mecanismos de exclusión voluntaria de la publicidad dirigida y de otros servicios de intercambio de datos. Y, una vez transcurridos cuatro años tras la entrada en vigor de la ley, las personas o grupos de personas podrán presentar una demanda civil ante un tribunal federal para reclamar daños y perjuicios, medidas cautelares, los honorarios razonables de los abogados y las costas del litigio.

V. Conclusiones

27. En este trabajo hemos puesto de manifiesto que las vigentes leyes federales relacionadas con la privacidad y protección de los datos son una serie de dispares leyes y reglamentos aplicados por varias agencias con diferentes jurisdicciones. Su obsolescencia y falta de adecuación a la sociedad digital, a lo cual se suma su funcionamiento práctico muy ineficiente, ha llevado a más de dos docenas de Estados a iniciar los trabajos legislativos en la materia, y cinco Estados ya han promulgado leyes estatales completas de privacidad y protección de datos de sus ciudadanos. Y más allá de los Estados, existe un consenso global en el país de aprobar una nueva legislación nacional de protección de datos. Ello ha desembocado en la presentación, con fecha 3 de junio de 2022, del proyecto de ley conocido como la *American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA).

28. Este proyecto de Ley de Privacidad y Protección de Datos de Estados Unidos sienta las bases para poder promulgar por fin una legislación exhaustiva en la materia a escala federal en los Estados Unidos, al ser una iniciativa legislativa bipartidista y bicameral. Pretende minimizar la recopilación y el intercambio de datos en general, y de los menores de edad en particular. Impone obligaciones claras y viables a las empresas y otras organizaciones que recogen, utilizan y comparten datos personales. Incorpora un conjunto de salvaguardias básicas de privacidad y seguridad, incluidos los derechos individuales de acceso, supresión, portabilidad y rectificación de los datos personales, así como los derechos de exclusión de la publicidad dirigida y las transferencias de datos, sin olvidar unas cautelas básicas frente al uso de decisiones algorítmicas por medio del conjunto de herramientas agrupadas bajo el paraguas tecnológico de la inteligencia artificial (IA).

29. Sin embargo, el proyecto de ley ha desaprovechado la ocasión para crear una agencia independiente para consolidar la jurisdicción en esta materia reconocida las leyes de privacidad existentes y hacer cumplir la nueva legislación, destacadamente la propia ADPPA. La creación de esa agencia hubiera sido un paso muy relevante para garantizar la seguridad de los consumidores y la competencia en el mercado a medida que la economía digital y global siguen expandiéndose.

Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea

Law applicable to divorce and party autonomy in European private international law

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 Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 20.04.2022 / Aceptado: 10.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7182

Resumen: El Reglamento Roma III (Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) contiene un nuevo conjunto de normas en la materia. El primer punto de conexión para determinar la ley aplicable al divorcio es la autonomía conflictual de las partes. El divorcio se rige por la ley elegida por las partes. Este criterio es eficiente. La autonomía de las partes conduce a la ley que comporta los menores costes de litigación para los cónyuges. De este modo, el divorcio se concederá de acuerdo con las expectativas de las partes. El acuerdo la ley aplicable es también un contrato. En consecuencia, algunas normas regulan la capacidad jurídica, el consentimiento y la validez formal del acuerdo. Este trabajo aborda los requisitos de este acuerdo y demuestra que el legislador europeo considera que la autonomía de la voluntad proporciona soluciones eficientes a los conflictos de leyes incluso por encima del punto de conexión de la residencia habitual de los cónyuges. Es un signo de libertad permitir que los cónyuges puedan escoger la Ley aplicable a su divorcio.

Palabras clave: Divorcio, autonomía de la voluntad, Reglamento Roma III, litigación internacional

Abstract: The Rome III Regulation (Council Regulation 1259/2010 of 20 December 2010 establishing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation) contains a new set of rules on the matter. First connecting factor to determine the law applicable to divorce is party autonomy. Divorce is governed by the law chosen by the parties. This criterion is efficient. Party autonomy leads to the law with less litigation costs for the spouses. By doing so, divorce will be granted in accordance with the expectations of the parties. The agreement the applicable law is also a contract. Accordingly, some rules govern the legal capacity, consent and formal validity of the agreement. This paper deals with the requisites of this agreement and proves that the European law maker considers that party autonomy provides efficient conflict-of-law solutions even beyond the spouses' habitual residence. It is a sign of freedom to allow the spouses to choose the law applicable to their divorce.

Keywords: Divorce, party autonomy, Rome III Regulation, international litigation.

Sumario: I. Introducción. 1. El matrimonio. Una institución poliédrica y controvertida. 2. El divorcio. Una institución controvertida y poliédrica. II. Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado de la Unión Europea. 1. Evolución histórica sobre la Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado español. 2. El Reglamento Roma III: Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. A) Aspectos generales. B) Rasgos básicos del Reglamento Roma III. a) Libre circulación de personas en la Unión Europea y Reglamento Roma III. b) Carácter obligatorio del Reglamento Roma III. c) Enfoque conflictual y multilateral del Reglamento Roma III. d) Principio de coherencia europea y Reglamento Roma III. e) Aplicación del Reglamento Roma III a personas que no son ciudadanos de la UE. f) Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al divorcio. g) Orientación conflictual y favor *divortii* en el Reglamento Roma III. III. La Ley elegida por los cónyuges como Ley aplicable al divorcio. 1. Aspectos generales. A) Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del divorcio internacional. B) Ventajas operativas de la autonomía de la voluntad en el sector del divorcio internacional. a) Seguridad jurídica. b) Facilitación de la labor judicial. c) Elección de la Ley más conveniente para regular el divorcio. d) Superación del debate nacionalidad vs. domicilio. e) Potenciación de la ejecución transfronteriza de la sentencia de divorcio. f) Impulso del libre desarrollo de la personalidad. g) Incentivo a los divorcios de mutuo acuerdo. C) Novedad del punto de conexión. D) Autonomía de la voluntad conflictual “limitada” y principio de la “elección informada de la Ley aplicable”. E) Eficacia espacialmente limitada de la elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. F) Irrelevancia de los motivos de elección de la Ley aplicable. G) Autonomía conflictual de los cónyuges. H) La autonomía de la voluntad conflictual y el divorcio internacional en los Estados miembros antes del Reglamento Roma III. 2. Requisitos de fondo de la elección de Ley. A) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges. B) Incorporación por referencia de las causas del divorcio en un pacto matrimonial. C) Elección de Ley por los “cónyuges”. D) Elección de una Ley única. a) Negación del *dépeçage*. b) Negación de la elección cumulativa de varias Leyes aplicables. c) Elección de una Ley sustantiva estatal. d) Elección de la Ley de un Estado. E) Consentimiento de los cónyuges. a) La elección de Ley como negocio jurídico. El art. 6 RR-III. b) Elección de una Ley que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley aplicable al divorcio. c) Elección de una Ley estatal que impide o prohíbe el divorcio. d) Elección informada de la Ley aplicable al divorcio. 3. Requisitos de forma de la elección de Ley. A) Requisitos formales mínimos “europeos”: acuerdo por escrito, fechado y firmado. a) Elección por acuerdo escrito. b) Elección por acuerdo fechado. c) Elección por acuerdo firmado. B) Requisitos formales adicionales “nacionales”. 4. Cambio y modificación de la elección de Ley. 5. Elección de Leyes subsidiarias, alternativas y flotantes reguladoras del divorcio. A) Elección de Leyes en modo subsidiario. B) Elección de Leyes mediante “cláusulas de reemplazo”. C) Cláusulas flotantes de elección de Ley. 6. Elección de Leyes distintas reguladoras del divorcio y de la separación legal. IV. Conclusiones. La autonomía de la voluntad y la Ley reguladora del divorcio.

I. Introducción

1. El matrimonio. Una institución poliédrica y controvertida.

1. El matrimonio es una realidad mundial¹. Se trata de una institución jurídica presente en todas las culturas del planeta y en todas las épocas históricas. Su importancia en las relaciones humanas y en la construcción social es innegable. Tanto es así que es posible afirmar que en todos los países del mundo toda persona goza, en la actualidad, del *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio libremente. Nu-

¹ 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.

merosos textos jurídicos de génesis internacional, en vigor en la inmensa mayoría de países del planeta Tierra, así lo establecen (art. 16 DUDH, art. 23.2 PIDCP y art. 12 CEDH 1950)². Así lo indica también la Constitución española de 27 diciembre 1978 en su art. 32, cuya lectura debe hacerse siempre en sintonía armónica con el art. 39 del mismo texto legal³. Sin embargo, a partir de aquí, todas las certezas jurídicas y sociales se convierten en dudas y matices.

2. En primer lugar, es cierto que es posible afirmar que en todo el mundo toda persona goza del *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio libremente (art. 32 CE 1978, art. 16 DUDH, art. 23.2 PIDCP, y art. 12 CEDH 1950). No obstante, el alcance del *jus connubii* en estos textos internacionales no está nada claro. En efecto, estos textos internacionales, por ejemplo, no cubren el derecho de toda persona a contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo. Por otro lado, el art. 9 Carta de Derechos fundamentales de la UE de 12 diciembre 2007, indica que “[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”⁴. Este precepto deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo, y permite que un Estado miembro pueda denominar “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo. Por ello, desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, resulta perfectamente legítimo que un concreto Estado reserve la institución del “matrimonio”, exclusivamente, a personas de distinto sexo. Es el caso de Italia (*vid.* sentencia de la Corte Costituzionale Italia de 15 abril 2010, n. 138: “*nell’ordinamento giuridico italiano, l’istituto del matrimonio è incentrato su requisito fondamentale della diversità di sesso dei coniugi*”, así como sentencia de la Corte di Cassazione Italia, 9 febrero 2015), cuyas Leyes no vulneran ni el art. 12 CEDH ni el art. 9 Carta DFUE 2007⁵.

² Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 diciembre 1948 (resolución 217 A (III)): “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979): “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Art. 12 del mismo convenio: “Derecho a contraer matrimonio A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

³ Art. 39 de la Constitución española de 27 diciembre 1978 (BOE núm. 311 de 29 diciembre 1978): “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Art. 32 de la misma Constitución: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

⁴ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2007/C 303/01) (DOUE C 303/1 de 14 diciembre 2007).

⁵ Sent. Corte Costituzionale Italia de 15 abril 2010, n. 138 [ECLI:IT:COST:2010:138]; Sent. Corte Cass. Italia 9 febrero 2015, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 236.

3. En segundo lugar, el matrimonio ha perdido el trono dorado que ocupaba como sede única y origen de toda familia. En efecto, durante más de mil años, en la cultura occidental sólo había una familia posible: la familia matrimonial, la familia basada en el matrimonio canónico y más tarde la familia basada en el matrimonio también civil. No había “familia” sin “matrimonio”. Pues bien, esa situación ya no existe. La Constitución española de 27 diciembre 1978 protege la familia y la vida familiar y la “familia”, en dicho texto legal, no debe estar construida necesariamente sobre un previo matrimonio⁶. Así, el art. 39 CE obliga a proteger jurídicamente a todo hijo cualquiera sea su origen o filiación, matrimonial o no matrimonial, y cualquiera que sea el modelo de familia, matrimonial o no matrimonial, en la que dicho hijo se encuentre integrado,. Además, el art. 39.1 CE ordena a los Poderes Públicos que lleven a cabo una protección social, económica y jurídica de la familia. El concepto de “familia” que recoge dicho precepto cubre diversos modelos de familia y no únicamente la basada en el matrimonio tradicional. El nivel de protección que deben ofrecer los Poderes Públicos a la “familia” lo define el legislador ordinario, que puede establecer niveles de protección diferentes para cada modelo de familia en sintonía con sus propias características. En esta perspectiva, el art. 32 CE 1978 protege, de modo especial, el “matrimonio”.

4. El concepto de “matrimonio” recogido en el art. 32 CE 1978 es el tradicional, esto es, la unión entre un varón y una mujer. En consecuencia, otras formas de convivencia social y otras formas de familia, -como las parejas de hecho formadas por personas de distinto o mismo sexo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, o el matrimonio poligámico o poliándrico-, no están protegidas por el art. 32 CE 1978. El legislador puede admitir o no admitir, regular o no regular estas otras formas de convivencia no matrimonial. Puede dictar leyes que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues tal opción no es contraria al art. 32 CE 1978.

5. En tercer lugar, con la expresión “matrimonio” puede aludirse tanto a la institución o vínculo entre los cónyuges (*matrimonium in facto esse*), como al acto por el cual se accede a dicha relación jurídica (*matrimonium in fieri*). La regulación de ambos aspectos en Derecho internacional privado se sujeta a normas de conflicto distintas

6. En cuarto lugar, el matrimonio siempre ha presentado una controvertida naturaleza jurídica. Para fijar el régimen jurídico del mismo, éste ha tratado de encapsularse en instituciones jurídicas ya conocidas. Así, se ha considerado que el matrimonio es un contrato, una convención jurídica, un acto de estado civil, un acto complejo en el que concurren tres voluntades diversas, una institución jurídica, etc. De todo.

7. En quinto lugar, como han puesto de relieve B. AUDIT, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y M.A. AMORES CONRADI, el matrimonio es una institución cuyo contenido jurídico varía enormemente según sea el círculo cultural examinado⁷. Es, indica H. FULCHIRON, una institución jurídica que es al mismo tiempo universal (= en todos los Estados existe) y también particular (= su significado, regulación y contenido difiere de país a país con suma frecuencia)⁸.

Así, puede afirmarse que el “matrimonio” en Derecho musulmán es algo muy diferente al “matrimonio” en el Derecho de los países europeos. En efecto, el matrimonio en Derecho islámico es, recuerda P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, un “contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer” cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre

⁶ 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. 1369-1380.

⁷ B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 523-546; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 289-328; M.A. AMORES CONRADI, “Art.107 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-427.

⁸ H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’», *Journal de droit international Clunet*, 2013, núm. 4, pp. 1055-1113.

los esposos⁹. Como expone C. CAMPIGLIO, el matrimonio (*nikab*) es, en Derecho islámico, un contrato formal con doble objeto: atribuir al marido una serie de derechos sobre la persona de la esposa y atribuir a la esposa el derecho a la percepción de una prestación económica correspondiente que consiste en la dote nupcial y en el mantenimiento¹⁰. En Derecho islámico, el marido puede contraer matrimonio con mujer no musulmana siempre que ésta sea cristiana o judía (“gente del libro”), pero la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con varón de religión no islámica. En Derecho islámico, la confesión chiíta admite un matrimonio temporal (*mut’aa*) que legitima la descendencia. Se admite la poligamia, que aunque cada vez es menos practicada y en algunos Estados se prohíbe (Túnez). El matrimonio puede disolverse por repudio, que puede consistir, explica R. DE MEO, en una declaración extrajudicial pronunciada unilateralmente por el marido por su sola voluntad mediante la triple repetición de la palabra “*talaq*” (= “*talaq talaq talaq*”)¹¹. El repudio está muy extendido en todo el mundo musulmán y la jurisprudencia lo admite incluso si se hace por teléfono o “sms”. Sólo Turquía y Túnez lo han prohibido. Además, en Derecho islámico, según subraya C. ESPLUGUES MOTA, los contrayentes pueden modular a voluntad ciertos aspectos del matrimonio (cláusulas de monogamia y poligamia), mientras que en Derecho Occidental, el núcleo jurídico básico del matrimonio está fijado imperativamente por la Ley y los contrayentes en nada pueden alterarlo

Otro ejemplo puede resultar útil. En Derecho judío no existe la nulidad del matrimonio. En caso de defecto en la formación del matrimonio, el tribunal rabínico obliga al marido a repudiar a su mujer y el matrimonio se disuelve, pero en ningún caso se anula.

8. En quinto lugar, es posible afirmar que el concepto de “matrimonio” ha cambiado profundamente en el Derecho occidental con el transcurso de los años¹². En el mega famoso caso *Hyde vs. Hyde and Woodmansee* (20 marzo 1866), dictado por la *Court of Probate and Divorce*, Lord Penzance definió el matrimonio en un *obiter dicta*¹³. Esta definición tuvo una repercusión inmensa que ha durado más de cien años en todo Occidente. El caso fue el siguiente: John Hyde era un varón de nacionalidad inglesa que en 1847 había sido ordenado sacerdote de La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Iglesia mormón) en Londres. John Hyde se casó en 1853 con la señorita Lavinia Hawkins en Salt Lake City (Estados Unidos de América). Cohabitaron como marido y mujer en Salt Lake City hasta 1856, y tuvieron varios hijos. En 1856, John Hyde partió como misionero con destino a las Islas Sandwich. Su esposa permaneció en Utah. John Hyde apostató de la Iglesia mormona y comenzó a publicar material contra la misma. No regresó a Utah sino que se instaló en Inglaterra. Su esposa Lavinia fue declarada libre para contraer nuevo matrimonio en Utah, cosa que hizo, y tuvo varios hijos más con su nuevo esposo.

John Hyde presentó demanda de divorcio contra su esposa Lavinia por adulterio ante los tribunales ingleses. El nuevo matrimonio de Lavinia fue la razón de la demanda de divorcio por adulterio que presentó John Hyde contra ella. Según John Hyde, su esposa Lavinia había incumplido sus deberes matrimoniales. Claro que para afirmar tal cosa, era imprescindible estimar, antes, que John Hyde y Lavinia estaban unidos en “matrimonio”.

Lord Penzance indicó que las instituciones jurídicas no son iguales en todos los países del mundo aunque sean designadas con el mismo nombre jurídico. Así, para considerar que un “matrimonio” celebrado en otro país constituye, en efecto, un “matrimonio” que puede ser estimado como tal en el Reino

⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *La Ley*, núm. 7913, 31 julio 2012; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Nota a Instrucción DGRN de 31 enero 2006 (matrimonios de complacencia)», *Revista española de Derecho internacional*, 2006, pp. 473-477.

¹⁰ C. CAMPIGLIO, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, vol. XXVI, pp. 853-908.

¹¹ R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287.

¹² C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003, pp. 88-98.

¹³ Puede verse un breve estudio del caso en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de “matrimonio” en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso Hyde vs. Hyde 1866”, 25 julio 2020, en *Accursio-DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1165>.

Unido, debe existir una equivalencia sustancial entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio tal y como es concebido en la Ley inglesa. Lord Pendants afirmó que un matrimonio poligámico -como el celebrado en Utah-, al igual que un mero concubinato no constituyen un “matrimonio” según el Derecho inglés y no pueden ser consideradas como uniones matrimoniales porque no encajan en la noción de matrimonio que rige en el Derecho inglés. Y aquí viene la famosa frase de Lord Pendants: “*I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*” (= “considero que el matrimonio, como se entiende en la Cristiandad, puede definirse para este propósito como la unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás”). Lord Pendants afirmó que, según las leyes de Utah, el matrimonio podía ser contraído válidamente entre un varón y varias mujeres. Esa unión legal no se correspondía con la noción de “matrimonio” en Derecho inglés. Por ello, el enlace entre John Hyde y Lavinia Hawkings no era un “matrimonio” para el juez inglés y Lavinia no pudo, de manera alguna, haber incumplido sus deberes matrimoniales. El tribunal desestimó la demanda de John Hyde: no podía haber divorcio por adulterio si se consideraba que el matrimonio, -válidamente celebrado en Utah con arreglo a las leyes de dicho territorio-, no era un “matrimonio” para el Derecho inglés.

Como es evidente, esta definición de matrimonio en la Ley inglesa no se ha mantenido con el tiempo. En la actualidad, el divorcio y los matrimonios entre personas del mismo sexo han alterado profundamente el concepto de “matrimonio” en el Derecho inglés, en el Derecho español y en el Derecho de muchos otros países. En consecuencia puede afirmarse que: (a) El concepto de “matrimonio” es distinto de país a país hoy y lo ha sido siempre; (b) En un concreto ordenamiento jurídico, el matrimonio, no posee unos caracteres jurídicos inmutables: constituye, ciertamente, una unión afectiva (*affectio maritalis*) entre varias personas. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que el Derecho español hoy considera “matrimonio” la unión entre personas del mismo sexo así como una unión que puede terminar inter vivos por divorcio. En consecuencia, el “matrimonio”, en Derecho español, una vez fue “la unión para toda la vida entre varón y mujer” pero hoy ya no es así. En los próximos años es posible que el Derecho español admita como “matrimonio” uniones entre más de dos personas y uniones no sólo entre personas. El futuro jurídico es imprevisible. Y esto plantea otro debate más profundo: ¿poseen las instituciones jurídicas una esencia inmutable que no puede ser alterada por el legislador? ¿existen las instituciones jurídicas antes que el Derecho positivo, que limita a regularlas? ¿O más bien por el contrario, una institución jurídica y su “esencia” no existen hasta que el legislador la regula a través de normas legales?

2. El divorcio. Una institución controvertida y poliédrica

9. El divorcio, entendido como la disolución del matrimonio *inter vivos*, como hoy se concibe, es el producto de una tortuosa, complicada y delicada evolución histórica llena de matices, propia de cada país y de cada área cultural. Exponen D. HENRICH y B. PLITZ, que existen diversos modelos de divorcio, o “modos de entender el divorcio” como causa de disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial, diferentes de país a país¹⁴. No se trata sólo, comentan N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, de “admitir o no admitir” el divorcio, sino también de “cómo se llega” al divorcio y de qué “consecuencias jurídicas” se derivan del divorcio¹⁵. Las diferencias entre los distintos Derechos estatales a la hora de regular la disolución del matrimonio son muy pronunciadas. Así, en ciertos países el divorcio no se admite. Ése fue el caso de Malta, hasta que el referéndum de mayo 2011 tuvo como resultado que el 52 % de los ciudadanos malteses votasen a favor de introducir el divorcio en la legislación maltesa¹⁶. El 25 julio 2011, el Parlamento de Malta aprobó una Ley en cuya virtud se modificó el Código civil maltés para introducir el divorcio en el Derecho de dicho país (Capítulo 16 del Código civil y nueva sección IV, bajo el título “*Del divorcio*”, arts. 66A-66M). En otros Estados no existe la separación judicial pero

¹⁴ Así puede apreciarse en las obras de D. HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 4ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017 y B. PLITZ, *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988, entre otras.

¹⁵ N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, “The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119.

¹⁶ *Diario El País* 29 mayo 2011.

sí el divorcio (Alemania, Suecia, Finlandia, Marruecos, Rumanía). En otros, el divorcio es unilateral y sólo lo puede solicitar el esposo (ciertos países musulmanes, que admiten el *repudio*). En otros Estados el divorcio procede sólo por declaración judicial, mientras que en otros países cabe un divorcio ante autoridad administrativa (Japón: alcaldes), autoridad religiosa (Israel: rabinos), o fedatario público (Cuba: notarios; España: notarios), o cabe un divorcio por acuerdo privado entre los cónyuges sin intervención de autoridad ninguna (Tailandia, Ghana, Francia en el caso del art. 229 *Code*) o bien un divorcio por decisión unilateral de un cónyuge posteriormente registrada por un tribunal o autoridad pública que no interviene con carácter constitutivo en dicho divorcio (Siria). En otros Estados el divorcio es el único modo de disolver *inter vivos* el matrimonio, y no existe la nulidad matrimonial (Suecia, Finlandia). Hay divorcios de todos los tipos y colores. También, como se verá, el Derecho europeo dispone de su propio concepto de “divorcio”, como ha puesto de relieve P. HAMMJE¹⁷. Así, el Reglamento Roma III se aplica exclusivamente a los divorcios y separaciones matrimoniales de carácter civil. No se aplica a los procesos de tipo religioso que, aunque se desarrollen en el territorio de los Estados miembros participantes, son decididos por órganos no estatales de carácter religioso que no aparecen integrados en el organigrama estatal de autoridades con poder jurisdiccional (art. 3.2 y Cons. [13]) RR-III). Ciertamente es que este Reglamento no define el concepto de «divorcio» (STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sahyouni*. FD 38), por lo que podría pensarse que, visto que *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*, estos divorcios están incluidos en el Reglamento Roma III¹⁸. Verdad también es que el Reglamento no ha recogido los «divorcios privados» entre las «cuestiones expresamente excluidas» de su ámbito de aplicación material (art. 1.2 RR-III), como sagazmente destacan M. PIKA / M.-P. WELLER¹⁹.

Ahora bien, frente a ello cabe subrayar que existen diversas razones que permiten afirmar categóricamente que estos divorcios privados o «divorcios sin juez», están excluidos del Reglamento Roma III, bien analizadas por É. VIGANOTTI²⁰: (a) El Reglamento Roma III se refiere en su articulado, de manera constante, a los «órganos jurisdiccionales» y al «procedimiento» de divorcio o separación judicial (arts. 1.2, art. 5.2 y 3, art. 8, art. 13 y art. 18.2); (b) El art. 18 RR-III alude a las «demandas» de divorcio; (c) El concepto de «divorcio» en el Reglamento Roma III debe ser el mismo que el que se maneja en el Reglamento Bruselas II-ter (Cons. [10] RR-III) y es claro que el art. 1.1.a) RB II-ter hace referencia al divorcio pronunciado por un «órgano jurisdiccional» y que el art. 2.4 RB II-ter indica que las «resoluciones judiciales» deben haber sido dictadas por «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro»; (d) De los trabajos preparatorios del Reglamento Roma III se deduce con claridad que en las negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento no se mencionó en ningún momento la aplicación del Reglamento a los divorcios privados; (e) En el momento de la elaboración del Reglamento Roma III, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros participantes, sólo los órganos públicos de tales Estados miembros podían adoptar resoluciones con valor jurídico en relación con el divorcio. Estos datos ponen de relieve, como dejó claro S.L. GÖSSL, que la voluntad del legislador europeo que redactó el Reglamento Roma III fue que dicho texto resultara aplicable, exclusivamente, a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta²¹. Se sigue, de ese modo, una línea germánica en la cuestión, hostil a admitir los divorcios privados con efectos legales, destacan M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN²². Así lo ha corroborado el TJUE (STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sahyouni*. FD 38-46)²³.

¹⁷ P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912.

¹⁸ Auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2016:343]; STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2017:988].

¹⁹ M. PIKA / M.-P. WELLER, «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)», *IPRax*, 2017, pp. 65-72.

²⁰ É. VIGANOTTI, “Rome III et le divorce sans juge: CJUE, 1re ch., 20 déc. 2017, no. C-372/16 *Sahyouni c/ Mamisch*”, *Gazette du Palais*, 138, 7, 2018, *jurisprudence*, pp. 27-29.

²¹ S.L. GÖSSL, «Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, «Private Divorces» and Islamic law under the Rome III Regulation», *The European Legal Forum*, 2017, pp. 68-74.

²² M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *IPRax*, 2016-2, pp. 103-107.

²³ *Vid.* nota anterior.

Con posterioridad a la elaboración del Reglamento Roma III varios Estados miembros, como es el caso de Francia, han introducido en sus ordenamientos jurídicos la posibilidad de pronunciar divorcios sin intervención de una autoridad estatal. No obstante, el Reglamento Roma III tampoco es aplicable a estos divorcios privados. Para que lo fuera, apunta H. GAUDEMET-TALLON, sería necesaria una reforma del mismo que sólo puede llevar a cabo, como es evidente, la UE²⁴. El divorcio a través de abogados previsto por el art. 229 *code français* (= introducido por la Ley n. 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016), plantea numerosos interrogantes. Se trata de un auténtico divorcio sin autoridad ni judicial ni notarial. Es un verdadero y auténtico «contrato privado de divorcio»: «*los cónyuges pueden acordar mutuamente su divorcio por documento con firma privada refrendado por los abogados y depositado ante notario*». Los abogados no son órganos jurisdiccionales y los cónyuges tampoco. Este divorcio privado suscita varios comentarios desde el prisma del DIPr.: (a) En estos casos, el divorcio no ha sido dictado por un órgano jurisdiccional (art. 2.1.a RB II-ter *a contrario sensu*), por lo que no resultan aplicables las reglas de competencia internacional recogidas en el Reglamento Bruselas II-ter. Estos divorcios están abiertos a cualquier persona, por lo que Francia se convierte así en un oasis divorcista internacional para cónyuges sin nacionalidad francesa ni residencia en Francia; (b) Estos divorcios no se rigen por la Ley designada por el Reglamento Roma III, pues en los mismos no intervienen «órganos jurisdiccionales» (art. 3.2 RR-III *a contrario sensu*); (c) Estos divorcios privados sí pueden circular por la UE. Indica el art. 65.1 RB II-ter que los documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial. Pueden por tanto contenerse en documentos públicos o también en acuerdos registrados oficialmente en el Estado miembro de origen.

10. El divorcio es la causa principal de la disolución del matrimonio *intervivos*. Se trata de una institución jurídica complicada. En efecto, el divorcio comporta la disolución del vínculo matrimonial, pero produce, paralelamente, efectos jurídicos en otras esferas jurídicas. El divorcio incide sobre el régimen económico del matrimonio, sobre las relaciones personales entre los cónyuges, sobre los derechos hereditarios, sobre posibles cambios de nombre, sobre las relaciones paterno-filiales con los hijos comunes o a cargo de los cónyuges, sobre la capacidad matrimonial, sobre el nombre y apellido de los cónyuges, etc. Por ello, la regulación jurídica del divorcio no es sencilla y menos aún lo es, indican H. GAUDEMET-TALLON y P. PAONE, en Derecho internacional privado²⁵.

11. El divorcio, institución polémica desde el punto de vista social, moral, religioso y jurídico, se ha extendido por todo el planeta Tierra. El divorcio, cierto es, constituye una institución jurídica extraordinariamente polémica. Este carácter polémico del divorcio ha suscitado una amplia repercusión en Derecho internacional privado, porque, ya se sabe que las controversias jurídicas son más agudas en relación con instituciones jurídicas que proceden de otros países, según escriben sagazmente C. GORNATI DE CIUCEIS y L. PALSSON²⁶. Ha sido el divorcio una institución atacada con agresividad por ciertos sectores sociales y jurídicos. Pero ha sido también defendida radicalmente por otros. En primer término, debe subrayarse que el divorcio ha sido blanco de ataques furibundos. En particular, la Iglesia Católica se ha mostrado muy hostil al divorcio. Los canonistas consideran que, salvo excepciones, el matrimonio es un sacramento que genera un vínculo matrimonial caracterizado por la indisolubilidad, algo que el divorcio no puede romper. Pero el divorcio también ha sido una institución muy criticada por sectores radicales

²⁴ H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 91-102.

²⁵ H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9-206; P. PAONE, «Divorzio (Diritto internazionale privato)», en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol.XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 526-534.

²⁶ C. GORNATI DE CIUCEIS, «Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 507-528; L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; Id., «Marriage and Divorce», Chapter 16, vol.III, *IECL*, Tubinga, 1978, pp. 105-159;

del “idealismo anarquista”, ya que si existe divorcio es que existe “matrimonio” y no “uniones libres”. En los utópicos *Falansterios* decimonónicos franceses ideados por CH. FOURIER, como describe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, no había “divorcio” porque no había “matrimonio”, sólo “uniones libres”, como efectivamente sucedió en el único Falansterio auténticamente real y no utópico, el Falansterio de Mênilmontant, cerca de París²⁷. En segundo término, debe ponerse de relieve que, a pesar de tales ataques, es un hecho incontestable que el divorcio se ha extendido con fuerza imparable por todo el mundo. A pesar de resistencias históricas, de tipo ideológico, jurídico y religioso, es un hecho objetivo que el divorcio se extiende con fuerza imparable por el planeta entero. El divorcismo es imparable y los hechos son tozudos. Lentamente se ha desvanecido el mito de un matrimonio indisoluble impuesto por la doctrina cristiana y en particular por la Iglesia Católica durante la Edad Media y hasta el siglo XVI. El éxito del divorcio radica en diversos factores: el enorme empuje de la Reforma Protestante y del Racionalismo ilustrado, que asentó el divorcio en los países germánicos; la Revolución Francesa, que introdujo el divorcio en Francia y otros países latinos; la Revolución comunista rusa de 1917, que lo introdujo en las legislaciones de países del Europa del Este; y finalmente, el laicismo y la secularización de la sociedad occidental, así como la muy extendida idea de felicidad individual (= “*Life is short. Get a divorce*”). Italia se convierte al divorcio (1970) y también España (1981), dos países europeos tradicionalmente con sociedades de tendencia católica. Otro ejemplo muy significativo es el de Chile. La Ley chilena de matrimonio civil de 7 mayo 2004, que introduce el divorcio en Chile, acaba con la prohibición del divorcio que databa de 1884 y que se mantuvo vigente más de cien años.

12. Desde un punto de vista cuantitativo, el divorcio es una institución legal de frecuentísima aplicación. Así, por ejemplo, España presenta la tasa más alta de divorcios en la UE: un divorcio cada 3,7 minutos. En España, desde hace ya más de quince años, tres de cada cuatro matrimonios terminan en divorcio²⁸. Aunque también es verdad que la crisis iniciada en 2008 ha hecho que España, Italia, Irlanda y Grecia sean ahora los países con tasas de divorcio más bajas en Europa. En 2010, la tasa de divorcio en España descendió un 10,7% respecto al año anterior. De todos modos el número de divorcios anuales en España depende también de poderosos factores puntuales como la crisis económica o la pandemia del Coronavirus (COVID 19). En 2020 hubo un descenso del número de divorcios en España pero éstos aumentaron en 2021 hasta los 93.505, un 2,7% más que en 2020²⁹.

13 Tras los “conflictos de Leyes” en el sector de las crisis matrimoniales se perciben profundos “conflictos de civilizaciones”. En efecto, se aprecia un fuerte enfrentamiento entre diferentes y opuestas maneras de contemplar y regular las relaciones sociales. Este conflicto de civilizaciones es difícil de resolver con el método tradicional del Derecho internacional privado basado en la selección de “una Ley aplicable” a la crisis matrimonial. Explicación: cuando se aplica una Ley estatal y no otra, entonces una civilización triunfa sobre otra, un modelo de familia triunfa sobre otro.

14. El divorcio no sólo se ha extendido por todo el planeta, sino que ha cambiado su fisonomía, su razón de ser e incluso, su función social y jurídica. En efecto, se ha superado la concepción del divorcio como “sanción excepcional” (*fault divorce*), consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte de un “cónyuge culpable”, al que la Ley castiga con unas consecuencias negativas tras el divorcio, como el pago de alimentos o pensiones o la pérdida de la vivienda común. Igualmente, se ha superado la concepción del divorcio-remedio (= *divorce faillite* o *irretrievably breakdown of marriage*). El divorcio ya no se estima como una “consecuencia inevitable” de la ruptura de la convivencia conyugal. Toma cuerpo el divorcio por voluntad de cualquiera de las partes, de modo que el papel de los tribunales es ahora cercano al de un espectador que contempla una película: constata de la voluntad de

²⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 101-106.

²⁸ Diario *El Mundo*, 24 mayo 2007.

²⁹ Datos interesantes al respecto pueden encontrarse en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-divorcios-aumentaron-espana-2021-93505-27-mas-2020-20220307113308.html> y https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206#:~:text=En%2021%20hubo%2077.200%20divorcios,separaci%C3%B3n%20de%20parejas%20con%20hijos.

divorciarse de los cónyuges o del cónyuge y vigila el ajuste a la Ley de los acuerdos de los cónyuges. El ejemplo proporcionado por el Derecho español es muy claro. En Derecho español, el art. 86 CC en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, indica que “[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. En otras palabras, para pronunciar el divorcio el vigente Derecho civil español no requiere más que la mera y sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, sin que se exija ninguna “causa” objetiva para acceder y pronunciar al divorcio. El matrimonio puede disolverse sin “causas objetivas” de divorcio. El cónyuge toma el poder y se divorcia cuando le parece mediante su sola manifestación de voluntad. Ambos elementos, la “complejidad jurídica” del divorcio, y la “complejidad histórico-ideológica” del divorcio, repercuten, como no podría ser de otra manera, en la regulación del divorcio por el Derecho internacional privado europeo y nacional.

15. El crecimiento del número de matrimonios mixtos (= en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes) y de matrimonios deslocalizados (= formados por sujetos con la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país), es también un dato objetivo incontestable. A partir de ahí, es fácil comprender que el número de divorcios internacionales ha crecido también de manera exponencial. Así, en 2009 el 8,4% de los divorcios dictados en España lo fueron en relación con parejas en los que un cónyuge ostentaba nacionalidad extranjera y el 4,4,% se dictó entre cónyuges extranjeros³⁰. En la UE, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad en la UE fueron, en el año 2005, un total de 170.000. Ello supone que más del 20% de los divorcios en la UE son divorcios “transfronterizos”³¹. Por otro lado, las parejas matrimoniales internacionales (= formadas por personas de distinta nacionalidad y, especialmente, en el caso de sujetos procedentes de ambientes sociales y culturales alejados entre sí), son “parejas de alto riesgo”, cuyos índices de fracaso son más elevados que los que se observan en parejas culturalmente homogéneas o parejas matrimoniales meramente nacionales, como indica A. DAVÍ³². En suma, puede afirmarse con H. RÖSLER, que los índices de divorcios transfronterizos son francamente elevados³³.

16. Conscientes de la repercusiones internacionales del divorcio (= siempre han sido muy frecuentes los supuestos de extranjeros que buscan un divorcio rápido y sencillo [*quick divorces*] ante autoridades de otro país para luego solicitar que la resolución de divorcio produzca efectos en el país de origen de los cónyuges), la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado elaboró el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 [conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos], firmado pero no ratificado por España y que jamás entró en vigor para España. Tampoco fue incorporado al Derecho español el Convenio de La Haya de 1 junio 1970 [reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos]³⁴.

³⁰ Diario *ABC* 7 septiembre 2010.

³¹ News Release Eurostat 25/2006, 12 mayo 2006, International Day of Families, “The family in the EU25 seen through figures”, Luxemburgo, 2006.

³² A. DAVÍ, “Separazione personale”, en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol.XLI, Giuffrè, Milano, pp. 1412-1434; También N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”, *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

³³ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RebelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

³⁴ Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 que regula los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio y de separación personal. Texto en <https://www.hcch.net/es/instruments/the-old-conventions/1902-divorce-convention>. *Vid.* también Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos. Texto en <https://assets.hcch.net/docs/91f2d561-990c-4344-b1d1-b9907ca85a53.pdf>.

II. Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado de la Unión Europea.

1. Evolución histórica sobre la Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado español.

17. Numerosos países, y entre ellos España, no han admitido el divorcio durante dilatados períodos de su historia jurídica. La negación del divorcio en Derecho interno implica, con extrema frecuencia, una ausencia de normas de conflicto en la materia y la correlativa denegación de los efectos jurídicos en España de divorcios obtenidos en el extranjero. Varios momentos clave pueden distinguirse.

18. Desde el Concilio de Trento hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, el Derecho español aparecía vertebrado por dos principios-fuerza: el matrimonio es un sacramento y por tanto, es indisoluble. La Ley de matrimonio civil de 1870 y el Código civil de 1889 consideraron que el matrimonio, tanto canónico como civil, era indisoluble.

19. La Ley de divorcio de 2 marzo 1932, en sintonía con la Constitución Republicana de 1931, acogió la institución del divorcio³⁵. Sin embargo, la Ley citada no contenía normas de Derecho internacional privado. La jurisprudencia, como han mostrado J. PUENTE EGIDO y F. DE CASTRO, operó según varios parámetros³⁶. En primer lugar, la competencia judicial internacional se fundó en los arts. 51 y 70 LEC 1881 y en foros tales como el domicilio de las partes (STS 27 enero 1933, STS 4 diciembre 1935), foro del domicilio junto con la nacionalidad española de uno de los cónyuges y el lugar de celebración del matrimonio en España (STS 27 enero 1933, STS 9 enero 1936)³⁷. En segundo lugar, en cuanto a la Ley aplicable, el art. 9 CC debería haber conducido a la aplicación de la Ley nacional común o, cumulativamente, de la Ley de ambos cónyuges en caso de cónyuges de distinta nacionalidad. Pero esta última solución hubiera dificultado el divorcio. En la práctica, el TS siempre terminaba en la plácida aplicación de la Ley material española (STS 27 enero 1933; STS 10 julio 1934; STS 21 febrero 1935; STS 4 diciembre 1935; STS 19 diciembre 1935)³⁸. Para ello el Tribunal Supremo utilizó distintos argumentos: *favor divortii*, inmediatez de respuesta judicial, correlación automática *forum-jus*, etc. mucho de ellos citados de perfil y sin mucha convicción ni sistema. También parece que la aplicación de la Ley española operó como un mecanismo de retorsión legal, explica A.-L. CALVO CARAVACA³⁹. En efecto, visto que en ciertos países entonces no divorcistas (Italia), no se aplicaba a los españoles su Ley nacional común (= solución que hubiera permitido el divorcio a los españoles en el extranjero), tampoco a los extranjeros que pretendían divorciarse en España se les aplicaba su Ley nacional común, sino que se les sujetaba a la Ley española.

20. Con el régimen franquista, se derogó la Ley de Divorcio de 1932 (Decreto de 2 marzo 1938, Ley de 12 marzo 1938, Ley de 23 septiembre 1939). La Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, en su artículo único, era terminante: “*Queda derogada la ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigente en la materia las disposiciones del Código Civil*”⁴⁰. La Ley estaba acompañada por varias disposiciones transitorias, todas ellas demoleedoras para la seguridad jurídica. Así, las sentencias firmes de divorcio vincular,

³⁵ Publicada en *Gaceta de Madrid*, núm. 72 de 12 marzo 1932. Texto original en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/072/A01794-01799.pdf>.

³⁶ J. PUENTE EGIDO, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas normas de conflicto, examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *Revista española de Derecho internacional*, 1972, vol. XXV, pp. 327-348; F. DE CASTRO, “La ley del divorcio y el Derecho internacional privado”, *RDP*, 1933, pp. 129-136.

³⁷ STS 27 enero 1933 [R.1932/33, 1455]; STS 4 diciembre 1935 [R.2312]; STS 9 enero 1936 [R.49].

³⁸ STS 10 julio 1934 [R.1353]; STS 21 febrero 1935 [R.440]; STS 4 diciembre 1935 [R.2312]; STS 19 diciembre 1935 [R.2345].

³⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, “*Exequatur* de divorcio extranjero en España, nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *RJ La Ley*, 1983, pp. 251-260; A.-L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 100-104.

⁴⁰ BOE de 5 octubre 1939.

dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, “*se declararán nulas por la autoridad judicial*”, a instancia de cualquiera de los interesados. Además, las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltas para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados. Por otro lado se estableció que serían causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes.

El matrimonio volvía a ser indisoluble y ello, según comentaron, entre otros, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, M. MEDINA ORTEGA y J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE tuvo un impacto de primer orden en los divorcios internacionales⁴¹. El Derecho español carecía de normas de Derecho internacional privado sobre el divorcio y se negó todo efecto jurídico al divorcio obtenido en el extranjero con el argumento de que las Leyes extranjeras que permitían el divorcio y las sentencias extranjeras de divorcio vulneraban el orden público internacional español (G. GARCÍA CANTERO) (STS 12 marzo 1970: “*no puede ponerse en marcha la actividad judicial [...] para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sujetos a su estatuto personal y éste lo permita*”; STS 12 mayo 1944, RDGRN 10 agosto 1961, STS 10 octubre 1960, STS 5 abril 1966, STS 23 octubre 1965 [divorcio de sujeto nacionalizado norteamericano y matrimonio civil celebrado en España], STS 29 mayo 1970, RDGRN 26 marzo 1951, RDGRN 7 julio 1952, RDGRN 3 octubre 1952, RDGRN 23 abril 1970, RDGRN 19 octubre 1979)⁴². El matrimonio civil celebrado por español con extranjero divorciado era considerado nulo (STS 12 mayo 1944, STS 21 diciembre 1963, STS 5 abril 1966)⁴³. En una etapa posterior, la jurisprudencia admitió ciertos efectos jurídicos en España de las sentencias extranjeras de divorcio que afectan a ciudadano extranjero (STS 22 noviembre 1977; STS 13 marzo 1969, RDGRN 26 marzo 1951; RDGRN 18 septiembre 1971; RDGRN 5 abril 1976)⁴⁴. La decisión más relevante fue la RDGRN 18 septiembre 1971 [autorización de matrimonio civil de una española soltera con saharauí de nacionalidad española y religión musulmana, divorciado según su estatuto personal de dos esposas anteriores con las que había contraído matrimonio islámico].

21. La aprobación de la Constitución española de 27 diciembre 1978 abre paso al divorcio en la Ley 30/1981 de 7 julio. Se elaboran normas de competencia judicial internacional y de Ley aplicable en la materia y se reconocen en España las sentencias extranjeras de divorcio (ATS 24 octubre 1979)⁴⁵. El art. 107 CC (redacción de 1981) presentaba este texto legal: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles*

⁴¹ J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La libertad nupcial como derecho fundamental de la persona en el Derecho internacional privado español”, *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Granada, 1980, pp. 159-176; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “La nulidad del matrimonio después de la Constitución”, *RGLJ*, 1979, pp. 3-24 y 177-230; M. MEDINA ORTEGA, “Reconsideración del divorcio en el Derecho español de los conflictos”, *Revista española de Derecho internacional*, 1962, vol.XV, pp. 445-463; J.M. MOLTO DARNER, “Le divorce en droit international privé espagnol”, *NILR*, 1974, pp. 171-182; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *RGLJ*, 1980, vol.LXXX, pp. 151-168; Id., “La anunciada ley del divorcio y la problemática de Derecho internacional privado”, *RDP*, 1979, pp. 1006-1025.

⁴² STS 12 marzo 1970 [R.1467]; STS 12 mayo 1944 [R.669]; RDGRN 10 agosto 1961 [AnDGRN, pp. 152-154]; STS 10 octubre 1960 [R.3081]; STS 29 mayo 1970 [R.2510]; RDGRN 26 marzo 1951 [AnDGRN, pp. 338-340]; RDGRN 7 julio 1952 [AnDGRN, pp. 421-423]; RDGRN 3 octubre 1952 [AnDGRN, pp. 423-424]; RDGRN 23 abril 1970 [AnDGRN, pp. 242-250]; RDGRN 19 octubre 1979 [RJ 1979/3286].

⁴³ STS 12 mayo 1944 [R.669]; STS 21 diciembre 1963 [R.5360]; STS 5 abril 1966 [R.1684].

⁴⁴ STS 13 marzo 1969 [R.1276]; STS 22 noviembre 1977 [R.4284]; RDGRN 26 marzo 1951 [AnDGRN, pp. 338-340]; RDGRN 5 abril 1976 [BOE núm. 110, 1976, pp. 8969-8972]; RDGRN 18 septiembre 1971 [AnDGRN, pp. 320-325].

⁴⁵ ATS 24 octubre 1979 [CENDOJ 28079110011979200001] [ECLI:ES:TS:1979:1A].

resulten competentes”⁴⁶. Se trataba de una regulación tradicional, como pusieron de manifiesto J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO⁴⁷. Una regulación en la que se observaba un peso muy notable de la Ley nacional y un cierto toque de influencia francesa en la segunda conexión: la “jurisprudencia *Rivière*” (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador]), muy bien explicada por Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES y F. MOSCONI, también tenía su espacio en España⁴⁸. La tercera conexión conducía, con un disimulo poco efectivo, a aplicar la *Lex Fori* para cerrar el sistema conflictual.

22. El texto del art. 107 CC redactado en 1981 fue sustituido por un nuevo texto legal en virtud de la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁴⁹. El art. 3 de la Ley orgánica 11/2003, -que es el precepto que da nueva redacción al art. 107 CC-, tiene, sin embargo, y como precisa la Disp. Final Primera de la citada Ley, “carácter ordinario” y no de “Ley orgánica”. El nuevo art. 107 CC entró en vigor el 1 octubre 2003. Para comprender el alcance auténtico del art. 107.2.II CC, hay que conocer el origen de esta modificación legal. Todo arrancó de un problema puntual: el Defensor del Pueblo español recibió una queja de una ciudadana de nacionalidad marroquí casada en el Consulado marroquí de Algeciras desde 1990 con un varón también marroquí. Dicha ciudadana solicitó, ante los tribunales españoles, la separación judicial, debido, principalmente, a los malos tratos por parte del marido. El tribunal que conoció del caso desestimó la pretensión de la actora, pues quedó probado que en Derecho marroquí, -aplicable

⁴⁶ Sobre esta norma *vid.*, entre otros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español”, *BIMJ*, 1990, núm.1566, pp. 2631-2634; M.A. AMORES CONRADÍ, “Art.107 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-427; R. ARROYO MONTERO, “Divorcio y separación (Derecho internacional privado”, en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOTOY MELGAR, Ed.Cívitas, Madrid, 1995, pp. 2561-2562; A. BONET NAVARRO, “Disposiciones adicionales”, *Matrimonio y divorcio, Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1982, pp. 953-961; A.-L. CALVO CARAVACA, “*Exequatur* de divorcio extranjero en España, nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *RJ La Ley*, 1983, pp. 251-260; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Revue critique de droit international privé*, 1983, vol.LXXII, pp. 1-35; J.M. ESPINAR VICENTE, “Art.107 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 765-771; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art.107 del Código civil”, *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Art.107 CC”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1994, pp. 1331-1338 (1ª ed. 1982, pp. 907-931); J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de divorcio”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, Serv.Publ. Univ. País Vasco, 1984, pp. 241-281; V. SIMÓ SANTONJA, *Divorcio y separación. Derecho comparado y conflictual europeo*, Madrid, 1973; Id., “Aspectos internacionales del divorcio en España”, *Estudios en homenagem ao Prof.Dr. A.Ferrer-Correia*, vol.I, Coimbra, 1986, pp. 755-780; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “La anunciada ley del divorcio y la problemática de Derecho internacional privado”, *RDP*, 1979, pp. 1006-1025; Id., “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *RGLJ*, 1980, vol.LXXX, pp. 151-168; M.L. TRINIDAD GARCÍA, “Cuestiones de divorcio en Derecho internacional privado francés y español, Algunas precisiones de un análisis comparado”, *IX Jornadas de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, pp. 499-524; Id., “La reforma del art. 107 CC”, *Rednex*, n.4, 2003, pp. 141-159. También P. ABARCA JUNCO en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), pp. 327-372; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 313-328; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado II. Parte especial. Derecho civil internacional*, Granada, 1990, pp. 139-142; A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado I*, 1987, pp. 440-451 (revisado por J.L. IGLESIAS BUHIGUES); J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense. Madrid, 1982, pp. 157-202; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Separación, divorcio y nulidad del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 117-145; M.L. TRINIDAD GARCÍA en A. MARÍN LÓPEZ Y OTROS, *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 169-188; UNED (por P. ABARCA JUNCO), *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 127-136.

⁴⁷ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art.107 del Código civil”, *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Art.107 CC”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1994, pp. 1331-1338 (1ª ed. 1982, pp. 907-931).

⁴⁸ *Vid.* Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953, *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412, nota de H. BATIFFOL; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 170 y 420-423; F. MOSCONI, “Exceptions to Operation of Choice of Law Rules”, *RCADI*, 1989, vol.217, pp. 9-214, esp. p. 88.

⁴⁹ BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003.

in casu según el art. 107.I CC versión de 1981-, no existe la “separación matrimonial”. El Defensor del Pueblo redactó un *Informe*, de fecha 14 octubre 2002, sobre la cuestión, informe en el que se apreciaba la oscilante jurisprudencia española en la materia: en casos como el reseñado, ciertos tribunales no admitían la demanda de separación; otros admitían la demanda pero *rechazaban la pretensión* del actor, como en el caso señalado (*ad ex.* SAP Barcelona 6 abril 2000); otros tribunales rechazaban la pretensión pero no porque la acción no se contemplaba en el Derecho marroquí, sino porque el Derecho marroquí no había sido *probado* (*ad ex.* SAP Barcelona 15 septiembre 1998)⁵⁰; finalmente, otros tribunales se contentaban con aplicar simple y llanamente el Derecho civil español al caso, posición claramente errónea y legeforista. Pues bien, como expone B. CAMPUZANO DÍAZ, la situación alarmó al Defensor del Pueblo, que trasladó la queja al Gobierno, al que instó la presentación de un Proyecto de Ley que admitiese la posibilidad, para la parte demandante, de elegir como Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, bien la Ley nacional de los cónyuges, o bien la Ley material española. Y el Gobierno procedió a redactar un proyecto de Ley que, sin modificaciones relevantes, fue el texto definitivamente aprobado con valor de Ley. Debe decirse ya que la nueva redacción del art. 107 CC acogida en el Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno no coincidía con la “solicitud” o “sugerencia” del Defensor del Pueblo: éste instaba a una reforma en la que se admitiera una limitada “autonomía de la voluntad conflictual”, mientras que el Gobierno, en el Proyecto de Ley presentado, eliminó tal posibilidad y se limitó a extender la aplicación del Derecho español a casos que antes quedaban regulados por Leyes extranjeras, y en particular, por la Ley nacional común de los esposos. El texto del art. 107.2 CC redactado en 2003 fue el siguiente: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. | En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. | b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. | c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*”⁵¹.

La primera conexión del precepto, extremadamente legeforista y al mismo tiempo, negadora de toda autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges generó una abundante jurisprudencia *pro lege fori* en la práctica española (SAP Asturias 4 noviembre 2011 [divorcio entre cónyuges senegaleses casados en Bangla-Desh], SAP Zaragoza 24 febrero 2009 [divorcio de mutuo acuerdo entre cónyuges rumanos con residencia habitual en España], SAP Santa Cruz de Tenerife 6 abril 2009 [divorcio entre

⁵⁰ SAP Barcelona 15 septiembre 1998 [CENDOJ 08019370121998100903].

⁵¹ Este precepto fue bien analizado y sistematizado por abundante doctrina con abundantes perfiles críticos. *Vid. ad ex.*, M^ºD. ADAM MUÑOZ, “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español”, *Estudios de Deusto*, julio diciembre de 2008, vol. 56 / 2 (julio-diciembre), pp. 191 y ss; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Univ. Santiago Compostela, 2004; *Id.*, “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *Revista española de Derecho internacional*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, 24 mayo 2004, pp. 1-9 y *La Ley*, 25 mayo 2004, pp. 1-7; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc.”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; *Id.*, “Del fenómeno de la migración y cómo esto incide en la vitalidad del Derecho internacional privado”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 619-639; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000; J.M. ESPINAR VICENTE, “Art.107 Cc.”, *Comentarios a las Reformas del Dcho. Familia*, vol.I, Madrid, 1984, pp. 765-771; C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed.Tirant lo Blanch, València, 2003; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art. 107 Cc.”, *Comentarios al nuevo tit. IV Libro I Cc. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931, 2ª ed., 1994, pp. 1329-1358; M. GONZALO QUIROGA, “Las crisis matrimoniales en el DIPr. español: novedades en la legislación”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 943-956; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la jurisprudencia del TS”, *Rev.Fac. Dcho. Un. Granada*, 2002, pp. 367-376; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000; *Id.*, “Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 297-304; *Id.*, “Espagne - Divorce - Loi applicable”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 783-790; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Ante la anunciada reforma del art. 107 Cc.”, *Act. Civil*, 2003, n.3; M.L. TRINIDAD GARCÍA, “La reforma del art. 107 CC”, *Rednex*, n.4, 2003, pp. 141-159.

cónyuges uruguayos], SAP SC Tenerife 8 junio 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos con residencia habitual en España], SAP Castellón 6 marzo 2007 [divorcio entre cónyuges iraníes], SAP Cuenca 26 febrero 2004, SAP Almería 28 junio 2004, AAP Barcelona 25 octubre 2005, SAP Las Palmas 13 junio 2008 [divorcio entre contrayentes ecuatorianos], SAP Barcelona 14 octubre 2010 [divorcio de cónyuges marroquíes con residencia habitual en España], SAP Castellón 15 abril 2010 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Burgos 29 abril 2010 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos], SAP Las Palmas 23 febrero 2009 [divorcio no contencioso entre ecuatorianos con residencia habitual en España], SAP Málaga 10 febrero 2005, SAP Cuenca 26 febrero 2004, SAP Madrid 18 octubre 2004, SAP Barcelona 8 junio 2006 [cónyuges marroquíes], SAP Murcia 25 abril 2013 [los cónyuges pueden litigar con arreglo a la Ley española e ignorar la aplicación de su Ley nacional común]⁵².

2. El Reglamento Roma III: Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

A) Aspectos generales

23. La precisión de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se realiza en España con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵³.

⁵² SAP Cuenca 26 febrero 2004 [CENDOJ 16078370012004100087]; SAP Madrid 18 octubre 2004 [CENDOJ 28079370112004100552]; SAP Almería 28 junio 2004 [CENDOJ 04013370032004100254]; SAP Málaga 10 febrero 2005 [CENDOJ 29067370062005100066]; AAP Barcelona 25 octubre 2005 [CENDOJ 08019370122005200198]; SAP Barcelona 8 junio 2006 [CENDOJ 08019370122006100353]; SAP Castellón 6 marzo 2007 [CENDOJ 12040370022007100159]; SAP Zaragoza 24 febrero 2009 [CENDOJ 50297370022009100032]; SAP Santa Cruz de Tenerife 6 abril 2009 [CENDOJ 38038370012009100154]; SAP SC Tenerife 8 junio 2009 [CENDOJ 38038370012009100280]; SAP Las Palmas 13 junio 2008 [CENDOJ 35016370032008100403]; SAP Las Palmas 23 febrero 2009 [CENDOJ 35016370032009100044]; SAP Castellón 15 abril 2010 [CENDOJ 12040370022010100141]; SAP Barcelona 14 octubre 2010 [CENDOJ 08019370182010100348]; SAP Burgos 29 abril 2010 [CENDOJ 09059370022010100245]; SAP Asturias 4 noviembre 2011 [ECLI: ES:APO:2011:1285].

⁵³ Los estudios globales y/o sobre cuestiones generales del Reglamento Roma III son muy numerosos. *Vid. inter alia*, M. AHMED, “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; H. AGUILAR GRIEDER, “Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 7, pp. 143-165; C. ALTHAMMER (HRSG.), *Brüssel IIa, Rom III: Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, München, Beck, 2014; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, vol. 5, Nº 2, pp. 140-208; M. ANDRAE, “Antrag auf Scheidung der Ehe bei einem Scharia-Gericht im Libanon und in Deutschland (OLG Hamm, S. 263)”, *IPRax*, 2018-3, pp. 243-248 (“Petition for divorce of marriage before a sharia court in Lebanon and Germany”); J. ANOMO, “Privatscheidungen und der neue Art. 17 Abs. 2 EGBGB: Rom III-VO à la berlinoise”, *Das Standesamt*, 72, 2, 2019, pp. 33-42; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 81-109; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; S. ARNOLD / M. SCHNETTER, “Privatentscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas: Entscheidung des EuGH vom 20. Dezember 2017: C-372/16, Sahyouni”, *ZEuP*, 26, 3, 2018, pp. 646-666; N.A. BAARMSMA, *The Europeanisation of international family law: from Dutch to European law; an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination of registered partnerships*, Groningen, Ulrik Huber Inst. for Private International Law, 2010; M.A. BAARMSMA, “European Choice of Law on Divorce (Rome III): Where Did it Go Wrong?”, *NIP*, 2009, p. 9 ss; R. BAILLEY-HARRIS, “Issues in international divorce cases”, en *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 179-192; M. BARUFFI, “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei”, *Il Diritto dell’Unione europea*, nº 4, 2011, pp. 867-893; G. BIAGIONI, “Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, Vol.2, núm. 2, pp. 16 ss.; D.-C. BITTMANN, “Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes”, en *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 241-271; M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im in-*

ternationalen Familien- und Erbrecht der EU, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019; M. BUSCHBAUM, “Ausländische einvernehmliche Notarscheidung vor deutschen Gerichten: Art. 46 Brüssel IIa-Verordnung im Gefüge der unionsrechtlichen Vorschriften über die Zirkulation öffentlicher Urkunden”, en *Scheidung ohne Gericht?: neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 353-360; G.-P. CALLIÉS (ED.), *Rome Regulations: Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; G.-P. CALLIÉS / 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; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561-587; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento ‘Roma III’”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009-3, pp. 567-588; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, núm. 2, pp. 267-288; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; L.F. CARRILLO POZO, “Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y Derecho extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 249-275; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, “The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119; M.D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2018, pp. 144-163; D. COESTER-WALTJEN, “Die verpasste Chance: der EuGH und die Privatscheidung (zu EuGH, 20.12.2017, Rs. C-372/16, Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch, unten S. 261, Nr. 19)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 238-242; S. CORNELOUP/N. JOUBERT, “Autonomie de la volonté et divorce: le règlement Rome III”, en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L’autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 179-203; S. CORNELOUP (direction), *Droit Européen du Divorce. European Divorce Law*, Editions LexisNexis Litec, Paris, 2013; S. CORNELOUP, *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar Commentaries in Private International Law series, 2020, pp. 11-19; N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DEVERS, «De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international», *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; A. DEVERS / M. FARGE, «Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de la Famille*, núm. 6, 2012, pp. 1 ss.; M. EKSTRÖM, «Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’», *L’observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19; F. FALCONI, «Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580; M. FALLON, «Introduction aux conditions d’exercice de l’autonomie de la volonté dans les règlements européens», en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L’autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 171-177; F. FERRAND / H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, 2015; A. FIORINI, «Rome III – Un modèle à suivre ?» en M. DOUCHY-ODUDOT / E. GUINCHARD, *La Justice civile européenne en marche*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 79 ss; ID., «Harmonizing the Law applicable to Divorce and Legal Separation –Enhanced Cooperation as the Way forward?», *ICLQ*, 2010, pp. 1143 ss; P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496; F. FERRAND / H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, 2015; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 91-102; S.L. GÖSSL, «Überlegungen zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach ‘Sahyouni’», *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 94-99; S.L. GÖSSL, «Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, ‘Private Divorces’ and Islamic law under the Rome III Regulation», *The European Legal Forum*, 2017, pp. 68-74; P. GRUBER, «Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung», *IPRax*, 2012, pp. 381-392; M. GUZMÁN ZAPATER, «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III» en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 521 ss.; P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) nº1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156; R. HAUSMANN, *Internatio-*

nales und europäisches Ehescheidungsrecht: mit Scheidungsfolgenrecht, München, Beck, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2013; T. HELMS, «Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das internationale Privatrecht», en *Scheidung ohne Gericht?: neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 337-351; T. HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (OLG Hamm, S. 349)», *IPRax*, 2015-1, pp. 334-336; D. HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 4ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017; J. KOCH, *Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten: eine rechtsvergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung des nationalen und europäischen ordre public*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Reflexiones en torno al Reglamento (UE) N°1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», en Sobrino Heredia J.M. (Dir.), García Segura C. / Martínez Capdevila C./ Palao Moreno G. (Coords.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Madrid, 2011, pp. 197 ss.; K. HILBIG-LUGANI, «Zielsetzung und Effektivität der Rom III-Verordnung aus Sicht der Wissenschaft», en T. PFEIFFER/J. WITTMANN/M. ESCHER (HRSG.), *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis: Tagungsband des Austauschseminars am 16. September 2016 in Heidelberg*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 55-74; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, pp. 126-139; J.J. KUIPERS, «The law applicable to divorce as test ground for enforced cooperation», *European Law Journal*, 2012, vol. 18, 2, pp. 201 ss.; T. MARZAL YETANO, «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *JPIL*, 2010, 1, vol. 6, pp. 155 ss.; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; N. DE MAIZIÈRE, *Das europäische Scheidungskollisionsrecht nach der Rom III-Verordnung: Grundfragen, Wertungen und Perspektiven*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; M. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; C. MAYER, «Scheidung ohne Gericht: europäische Entwicklungen», *Das Standesamt*, 71, 4, 2018, pp. 106-116; R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287; G. MORENO CORDEIRO, «La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del reglamento «Roma III», *REEI*, 2015; J. MÖRS DORF-SCHULTE, «Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)», *RabelsZ*, 2013-4, pp. 786-827; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, «Richiami interni alla legge di diritto internazionale privato e regolamenti comunitari: il caso dei divorzi esteri», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LIII, 1, 2017, pp. 5-11; B. NASCIMBERE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, 2011; L. NICOLAS-VULLIERME/B. HEIDERHOFF, «Die neue Privatscheidung in Frankreich und ihre Wirkungen in Deutschland: Vorbild oder Ärgernis?», *Das Standesamt*, 71, 12, 2018, pp. 361-367; D. OLZEN/A. FRANK, «Rom III - VO: zwei Jahre danach», en *Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2015, pp. 1015-1032; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *La Ley*, núm. 7913, 31 julio 2012; I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F.R. PAULINO PEREIRA, «Rome III : la compétence jurisdictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale», *RMCUE*, 2007, núm. 509, pp. 390-402; M. PIKA / M.-P. WELLER, «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)», *IPRax*, 2017, pp. 65-72; F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; Id., «Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce», en *Mélanges M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-255; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 297-306; I. QUEIROLO / L. CARPANETO, «Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union: die Rom III-Verordnung als Kernstück eines einheitlichen europäischen Scheidungskollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; M.T. REGUEIRO GARCÍA, *Estudio comparado de causas de divorcio en la Unión Europea: orígenes canónicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUÍZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; C. RICCI, «La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 55-80; H. RÖSLER, «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III - Verordnung», *RabelsZ*, 2014-1, pp. 155-192; A. RÖTHEL, «Il Regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, Vol. 49, núm. 4, pp. 883-898; S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; C. RUIZ SUTIL, «Le nouveau Règlement «Rome III»: La séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne», *RIDC*, núm. 2, 2012, pp. 525 ss.; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en derecho internacional privado español», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2013, n. 45, 2013, pp. 499-534; Mª.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Aranzadi, Madrid, 2013; CH. SCHALL / J. WEBER, «Die vorsorgende Rechtswahl des Scheidungsstatuts nach der Rom III-VO», *IPRax*, 2015-1, pp. 381-386; L. SCHLÜRMAN, «Art. 17 Abs. 2 EGBGB n. F. als überschneidende Anwendung der Rom III-VO: das neue Kollisionsrecht für

Este Reglamento se conoce con el nombre de “Reglamento Roma III”⁵⁴.

El párrafo 2 del art. 9.2 CC, tal y como fue redactado por el número dos del art. 3 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, indica que “[l]a nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”⁵⁵.

El art. 107.2 CC, en su redacción dada por el apartado 28 de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria indica: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”⁵⁶. Visto que no existen en la actualidad normas “españolas” de Derecho internacional privado que señalen la Ley aplicable al divorcio y separación judicial, esta remisión se debe entender realizada en favor del Reglamento Roma III. Esta remisión no se produce, en modo alguno, en favor del art. 9.2 CC (= Ley reguladora de los efectos del matrimonio) (con pavoroso error: SAP Vizcaya 1 septiembre 2015 [cónyuges bolivianos]; con sorprendente equivocación: SAP Ciudad Real 10 septiembre 2020 [pensión por desequilibrio y vecindad civil catalana]; mucho mejor SAP Pontevedra 29 julio 2016 [*haddana* marroquí y divorcio entre cónyuges marroquíes])⁵⁷.

El art. 9.2 CC no es aplicable para determinar la ley aplicable a los efectos del divorcio, sino a los efectos del matrimonio, en los casos no regulados por el ya en vigor Reglamento 2016/1103, que son, fundamentalmente, matrimonios celebrados antes del 29 enero 2019⁵⁸.

Privatscheidungen nach Sahyouni», *FamRZ*, 66, 13, 2019, pp. 1035-1040; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; K. SIEHR, «Schnell gefreit, hat oft bereut»: internationale Zuständigkeit und Wahl des anwendbaren Rechts für die Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe (zu Tribunale di Pordenone, 14.10.2014, X gegen Y)», *IPRax*, 37, 4, 2017, pp. 411-414; L.-J. SILBERMAN, «Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?», 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la UE sobre separación y divorcio», *BIMJ* núm. 2043 de 1 septiembre 2007, pp. 3313-3332; I. TOSCANO, *Ehescheidungen mit grenzüberschreitendem Bezug: von divergierenden nationalen Scheidungsvoraussetzungen zu einem einheitlichen europäischen Scheidungsrecht?*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2011; M^a.M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El divorcio en Derecho internacional privado comunitario: cuestiones de ley aplicable», *RGDE*, núm. 17, 2008, pp. 1 ss; Id., «La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales. El nuevo Reglamento (UE) N^o 1259/2010”, *RGDE*, núm. 24, 2011; M. VELLETTI / E. CALO, *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo. Aspetti personali e patrimoniali. Patti prematrimoniali*, 2012; I. VIARENGO, “Il coordinamento tra gli accordi di scelta della legge applicabile nei regolamenti comunitari in materia di famiglia e di successioni”, en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1181-1186; I. VIARENGO, “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (The EU Regulation on the Law Governing Legal Separation and Divorce and Party Autonomy)”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-624; I. VIARENGO, “Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-624; I. VIARENGO, “Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU regulations”, *ERA-Forum*, 17, 4, 2016, pp. 543-554; É. VIGANOTTI, *Pratique du divorce international*, Paris, Gazette du Palais, 2016; É. VIGANOTTI, “Rome III et le divorce sans juge: CJUE, 1re ch., 20 déc. 2017, no. C-372/16 Sahyouni c/ Mamisch”, *Gazette du Palais*, 138, 7, 2018, *jurisprudence*, pp. 27-29; S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012-II, pp. 222-232; M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ, „Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO“, *IPRax*, 2016-2, pp. 123-132; J. WENNERBUSCH, *Rechtswahl im Spannungsfeld von Parteiautonomie und kollisionsrechtlichem Schutz des Schwächeren: eine vergleichende Untersuchung der Rechtswahlmöglichkeiten sowie der Effektivität des Schwächerenschutzes im internationalen Scheidungs-, Unterhalts- und Erbrecht*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018; M.-Th. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *IPRax*, 2016-2, pp. 103-107.

⁵⁴ Reglamento (UE) n. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”.

⁵⁵ Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003).

⁵⁶ BOE núm. de 158 de 3 julio 2015.

⁵⁷ SAP Vizcaya 1 septiembre 2015 [CENDOJ 48020370042015100328]; SAP Pontevedra 29 julio 2016 [CENDOJ 36038370012016100396]; SAP Ciudad Real 10 septiembre 2020 [ECLI:ES:APCR:2020:1377].

⁵⁸ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

B) Rasgos básicos del Reglamento Roma III

a) Libre circulación de personas en la Unión Europea y Reglamento Roma III

24. El objetivo primero de este Reglamento Roma III es potenciar la libre circulación de personas en la UE, la “*movilidad de las personas*” (Cons. (15) RR-III). En efecto, el hecho de que las normas de conflicto de un Estado miembro determinen que la Ley aplicable al divorcio / separación judicial debe ser la Ley de un Estado distinta a la que aplicarían, al mismo caso, los tribunales de otro Estado miembro, puede dificultar la libre circulación de personas en la UE. La diversidad de normas de conflicto de los Estados miembros puede operar, en efecto, como un auténtico obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. Véase un ejemplo: dos cónyuges, ambos italianos, residen habitualmente en Sevilla. En 2009, el matrimonio atravesó una profunda crisis. El marido recibe una oferta de trabajo de Milán. Resulta que si los cónyuges se divorciaran en España de mutuo acuerdo, la Ley reguladora de su divorcio sería la Ley sustantiva española con arreglo a la norma de conflicto vigente en 2009 (art. 107.2 CC), Ley que facilita en gran medida el divorcio. Sin embargo, si la demanda de divorcio se presenta en Italia una vez trasladado el marido a dicho país, los tribunales italianos aplicarían a dicho divorcio la Ley sustantiva italiana (art. 31.1 *Legge* 218/1995: Ley nacional común de los cónyuges), Ley que dificulta y ralentiza el divorcio⁵⁹. En consecuencia, el marido puede decidir no trasladarse a Italia y no aceptar la oferta de trabajo porque ello podría comportar un divorcio lento y complicado. El marido puede decidir no viajar, puede elegir dejar perder esa oferta de trabajo, puede preferir “no circular por la UE”.

El Reglamento Roma III evita, entre los Estados miembros participantes en el mismo, el *Forum Shopping*. Esta afirmación debe leerse en dos direcciones, como explica P. JUÁREZ PÉREZ⁶⁰: 1º) En primer lugar, sea cual fuere el Estado miembro cuyos tribunales resultaren competentes para dictar la sentencia de divorcio o separación judicial, la Ley estatal aplicable a tales materias será siempre la misma Ley, esto es, la Ley estatal designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III. El Reglamento Roma III acaba con la “relatividad de soluciones” de Derecho internacional privado entre los Estados miembros participantes. Los tribunales de todos estos Estados aplican la misma Ley a los supuestos internacionales de divorcios y separaciones judiciales; 2º) Las “normas uniformes de conflicto de leyes” (Cons. (12) RR-III) en los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III refuerzan también la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable (Cons. (9), (21) y (29) RR-III). Pues bien, la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable a los divorcios y a las separaciones judiciales internacionales son imprescindibles para potenciar la libre circulación de personas en la UE y para crear un verdadero “espacio judicial europeo”. Este “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” está incompleto si no se garantiza la seguridad jurídica en relación con las personas que habitan y operan en el mismo. Pues bien, sólo existe seguridad jurídica en el “espacio europeo” si la Ley aplicable al divorcio es la misma sea cual el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. En efecto, el Reglamento Roma III permite que los cónyuges puedan conocer, *a priori*, cuál es la Ley estatal aplicable a su divorcio / separación judicial. La cuestión ya no dependerá de cuál sea el tribunal competente para dictar el divorcio / separación judicial, como sucedería si las normas de conflicto en materia de divorcio fueran distintas de Estado miembro a Estado miembro, según exponen P. MCELEAVY y I. PERIN TOMICIC⁶¹. La eliminación del *Forum Shopping* es deseable porque la persona, para el Derecho de

⁵⁹ Ley núm.218 de 31 mayo 1995 sobre reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (*Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana* núm.68, 3 junio 1995). Para su génesis *vid.* Proyecto de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (1989), *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1989, pp. 932-945, posteriormente transformado en proyecto de ley núm.1192 de 29 abril 1993, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 494-503.

⁶⁰ P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad forum shopping y recurso de revisión: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 12, 2, 2020, pp. 1051-1060.

⁶¹ I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

la UE, presenta un “valor constitucional”. El Derecho de la UE sirve para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que está diseñado “para las personas”, en bella expresión de F. POCAR⁶².

25. La elaboración de este Reglamento no debe ser contemplada como una mera e injustificada “invasión” del Derecho de la UE en materias de Derecho de Familia. Este Reglamento no es más que otro paso más en un proceso de “transformación del Derecho internacional privado nacional” en “Derecho internacional privado de la UE”. Todas las normas de conflicto “nacionales” de los Estados miembros deben convertirse en “normas de conflicto de la UE” en la medida en que ello sea preciso para evitar obstáculos a la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. La materia sobre la que versen tales normas de conflicto resulta irrelevante. Si la norma de conflicto genera obstáculos a la construcción de un espacio judicial europeo y a la libre circulación de personas en la UE, debe ser “europeizada”, sea cual sea la materia cuya Ley aplicable designa.

26. Como ilustra V. GAERTNER, el «principio del mutuo reconocimiento» no constituye un mecanismo metodológico adecuado ni suficiente para superar el obstáculo generado por la diversidad de normas de conflicto de los Estados miembros en relación con las crisis matrimoniales⁶³. En efecto, dicho principio sólo es relevante cuando se trata de reconocer o admitir como válida y existente en un Estado miembro, una situación jurídica que ya ha sido válidamente creada y que ya existe en otro Estado miembro distinto, como un divorcio ya declarado por un tribunal de un Estado miembro, por ejemplo, subraya P. FRANZINA⁶⁴. Sin embargo, como apostilla A. MALATESTA, el principio del “mutuo reconocimiento” no puede operar ni tiene nada que decir cuando se trata de fijar la Ley aplicable a una situación privada internacional (= un divorcio) cuya existencia no ha sido todavía declarada por una autoridad de un Estado miembro⁶⁵. Por ello no es de extrañar que el texto del Reglamento Roma III no haga alusión ni una sola vez al “principio del mutuo reconocimiento”. Debe recordarse, además, con H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, que las libertades de circulación de la UE no obligan a seguir el principio del reconocimiento mutuo en perjuicio de la perspectiva tradicional de las normas de conflicto⁶⁶. Por tanto, el resultado es claro: la elaboración de normas uniformes de conflicto de leyes en los Estados miembros es necesaria para crear un espacio judicial europeo y también, en particular, para mejorar el buen funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, las autoridades de la UE disponen de competencia para llevar a buen término un programa sistemático de elaboración de normas uniformes de conflicto de leyes de los Estados miembros con los objetivos indicados (art. 81.2 TFUE).

27. La “unificación”, “compatibilidad” o “armonización” de las normas de conflicto de Leyes en materia de divorcio y separación judicial entre los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III (*vid.* Cons. 21) RR-III) opera como una herramienta importante en la construcción del espacio europeo de “libertad, seguridad y justicia” también porque dicha unificación conflictual favorece y potencia la libre circulación de resoluciones judiciales, como bien destacan M. MCQUAID y C. MAYER⁶⁷. En

⁶² F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; ID., «Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce», en *Mélanges M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-255; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 297-306.

⁶³ V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136.

⁶⁴ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

⁶⁵ A. MALATESTA, „Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?“, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 293-313.

⁶⁶ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?”, *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

⁶⁷ M. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and*

efecto, un Estado miembro (= «Estado de destino») aceptará sin problemas el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en otro Estado miembro (= «Estado de origen») en relación con el divorcio y la separación legal si las autoridades del Estado de origen han dictado una resolución en la que se ha aplicado la misma Ley que hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino si hubiera conocido del mismo litigio, expone I. PERIN TOMICIC⁶⁸. En dicho sentido, destaca D. TSIKRIKAS, la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros potencia el «principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones»⁶⁹. En esta línea se manifiestan los Considerandos (3) y (4) Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales] y el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 30 noviembre 2000 (DOCE C 12 de 15 enero 2001): «la aplicación del principio de reconocimiento mutuo podrá facilitarse con la armonización de las normas de conflicto de leyes»⁷⁰. Así lo ha destacado también B. CAMPUZANO DIAZ en relación con las sentencias de divorcio que circulan por la Unión Europea⁷¹.

b) Carácter obligatorio del Reglamento Roma III

28. Este Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro participante en el mismo (art. 21.IV RR-III). Ahora bien, el Reglamento sólo vincula a ciertos Estados miembros. En concreto, a los siguientes Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia⁷². Estos Estados miembros participan en la llamada “cooperación reforzada”, procedimiento previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE, que les permitía adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en esta materia. Otros Estados miembros decidieron no participar en este Reglamento. El Reglamento Roma III es vinculante en su totalidad y directamente aplicable sólo en los Estados miembros participantes en el mismo (Cons. (8), (11), art. 3.1 RR-III y Decisión 2010/405/UE de 12 julio 2010). Los dos Estados miembros con mayor número de “matrimonios transnacionales”, Alemania y Francia, son Estados participantes en este Reglamento, como bien recuerda I. OTTAVIANO⁷³.

29. El camino hasta el Reglamento Roma III, muy bien ilustrado por P. FRANZINA, fue prolongado, lento y laborioso: un largo y sinuoso camino⁷⁴. La elaboración de este Reglamento comenzó en el momento en el que la Comisión UE adoptó, el 14 marzo 2005, un Libro Verde sobre la legislación

Contemporary Problems, Fall 2006, pp. 374-400; C. MAYER, «Scheidung ohne Gericht: europäische Entwicklungen», *Das Ständesamt*, 71, 4, 2018, pp. 106-116.

⁶⁸ I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

⁶⁹ D. TSIKRIKAS, «Grenzüberschreitende Bindungswirkung von Prozessurteilen im europäischen Justizraum», *ZJP Int.*, 22, 2017, pp. 213-224.

⁷⁰ *Vid.* Presidency Conclusions Tampere European Council 15 and 16 October 1999 (DOCE C 54 de 25 febrero 2000, p. 93/94). Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 30 noviembre 2000 (DOCE C 12 de 15 enero 2001).

⁷¹ B. CAMPUZANO DIAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DIAZ, “El Reglamento (UE) n° 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 39, mayo-agosto 2011, pp. 561- 587.

⁷² *Vid.* el útil mapa explicativo contenido en https://www.era-comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_1_EN/Module%202/index.html. El mapa es muy bonito, pero no está actualizado. Así que atención. Datos correctos pueden recabarse en: https://en.wikipedia.org/wiki/Applicable_divorce_law_regulation.

⁷³ I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il diritto dell’Unione europea*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144.

⁷⁴ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129.

aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (Cons. (3) RR-III) (Libro Verde divorcio Doc COM (2005) 82 final de 14 marzo 2005)⁷⁵. El 17 julio 2006 vio la luz la Propuesta de la Comisión para la elaboración de este Reglamento. Durante las negociaciones de los representantes de los Estados miembros para la elaboración del Reglamento Roma III, diversos Estados miembros, en especial los Estados escandinavos, se opusieron a las normas de conflicto recogidas en el mismo por estimar que el divorcio debería regirse en todo por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Fundaban su posición en que, con arreglo a sus respectivos Derechos sustantivos nacionales, el divorcio es un derecho subjetivo de toda persona, razón por la cual todo individuo debe tener derecho a divorciarse en tales Estados miembros mediante la aplicación de tal Derecho sustantivo. Es evidente que la argumentación incurre en un *non sequitur*: una Ley extranjera también puede permitir el divorcio, con lo que tal derecho subjetivo al divorcio queda perfectamente garantizado para toda persona. Además, para el caso de que el divorcio no fuera posible, podían incorporarse mecanismos legales para lograr dicho divorcio de modo que éste no quedase «bloqueado» o «impedido» por la Ley reguladora del mismo (*vid.* art. 10 RR-III). Tras esta postura se escondía el deseo inconfesable de estos Estados miembros de mantener intactas sus normas de conflicto tradicionales en esta materia, a tenor de las cuales todo divorcio, ya afecte a nacionales o a extranjeros, se debe regir siempre por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Estos Estados miembros hicieron valer, realmente, razones de «comodidad judicial», pues sus normas de conflicto nacionales nunca obligan a sus tribunales a aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio. Sin embargo, este enfoque, como se ha visto, cuenta con una argumentación muy débil y, además, provoca un efecto negativo innegable. Si cada Estado miembro aplica su propia Ley sustantiva a los divorcios que deben pronunciar sus tribunales, subsistirá la diversidad de Leyes aplicables Estado por Estado, de manera que seguirán presentes los obstáculos la libre circulación de personas en la UE derivados de la diversidad de normas de conflicto en los Estados miembros. En consecuencia, el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] no podía fundarse sobre una norma de conflicto que proclamase la aplicación de la *Lex Materialis Fori*, porque en tal caso, habría sido un Reglamento inútil. Debe recordarse, con P. HAMMJE, que las normas de Derecho internacional privado relativas al Derecho de Familia y que puede elaborar la UE exigen unanimidad de los Estados miembros (art. 81.3 TFUE: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo»)⁷⁶. Ante la negativa de estos Estados miembros a seguir adelante en la elaboración de las normas uniformes de conflicto de leyes relativas al divorcio / separación judicial, y ante la imposibilidad de alcanzar la unanimidad en el seno del Consejo UE, los demás Estados miembros que sí deseaban dotarse de normas de conflicto comunes en materia de divorcio, activaron un procedimiento llamado «cooperación reforzada» (*Enhanced Cooperation*), previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE. Este procedimiento permite a ciertos Estados miembros dotarse de un «set de normas de conflicto comunes» para determinar la Ley aplicable

⁷⁵ La documentación básica relativa al Reglamento Roma III, necesaria para el estudio de la génesis del mismo puede concretarse en las siguientes referencias: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005; Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135 (CNS)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (13 diciembre 2006), Dictamen relativo a la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial” COM (2006) 399 final, *on line version*.

⁷⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

al divorcio y separación judicial. El Consejo UE, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio 2008, tomó nota de la situación (Cons. (5) RR-III) y adoptó el 12 julio 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial a estos Estados miembros (Cons. (7) Reg. RR-III). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE, subraya B. CAMPUZANO DIAZ, como «último recurso», esto es, «cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros» (art. 20.2 TUE y Cons. (8) RR-III)⁷⁷.

30. El Reglamento se aplica para concretar la Ley aplicable a toda situación de divorcio y separación judicial que se suscite ante las autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento (art. 4 RR-III). De ahí derivan varias consecuencias: 1º El Reglamento es aplicable con indiferencia de la nacionalidad, la residencia habitual y cualquier otra circunstancia personal de los cónyuges (SAP Tarragona 28 julio 2021 [esposos de nacionalidad marroquí]; SAP Barcelona 20 octubre 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [divorcio entre cónyuges alemanes]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes]; SAP Barcelona 15 julio 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes])⁷⁸. El Reglamento Roma III también se aplica en el caso de un matrimonio celebrado en un Estado no miembro en el Reglamento Roma III (SJPI Familia Málaga 20 julio 2021 [matrimonio celebrado en Israel y no inscrito en España])⁷⁹; 2º El Reglamento es aplicable también sea cual fuere el Estado cuya la Ley debe regular el divorcio o separación judicial. Es irrelevante que dicha Ley corresponda a un Estado miembro participante, a un Estado miembro no participante o a un tercer Estado no miembro de UE (Cons. (12) y (14) y art. 4 RR-III); 3º El Reglamento Roma III se aplica a todo litigio de separación judicial y divorcio que presente elementos extranjeros.

31. Este Reglamento es fruto de la competencia de la que disponen las instituciones de la UE para elaborar normas de conflicto de leyes comunes a los Estados miembros de la UE como una medida en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza y con el objetivo último de facilitar “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas” en la UE (art. 81 TFUE y Cons. (1) y (2) RR-III). Diversos puntos deben ser destacados al respecto.

- 1º) La elaboración de normas de conflicto únicas para los Estados miembros de la UE se realiza de manera “progresiva” (Cons. (1) RR-III) y no mediante un “Código de Derecho internacional privado general” para la UE. En efecto, las instituciones de la UE han elaborado ya normas de conflicto únicas para los Estados miembros en materia de insolvencia, obligaciones contractuales, alimentos, obligaciones extracontractuales, regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho registradas y sucesiones *mortis causa*⁸⁰. Ahora también

⁷⁷ B. CAMPUZANO DIAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DIAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561- 587.

⁷⁸ SAP Tarragona 28 julio 2021 [ECLI:ES:APT:2021:1282]; SAP Barcelona 20 octubre 2015 [CENDOJ 08019370122015100635]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [CENDOJ 08019370122015100479]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [CENDOJ 08019370122015100071]; SAP Barcelona 15 julio 2014 [CENDOJ 08019370122014100517].

⁷⁹ SJPI Familia Málaga 20 julio 2021 [inédito].

⁸⁰ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008); Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007); Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015); Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del

- en el sector de la Ley aplicable al divorcio y separación judicial mediante este Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial].
- 2º) Las autoridades de la UE disponían de competencia para elaborar este Reglamento porque dichas autoridades son competentes para elaborar normas de Derecho internacional privado que sirven para construir dicho “espacio judicial europeo” (arts. 81.2, 4.2.j y 67 TFUE). Con otras palabras, constituye un grave error afirmar que la UE asume competencias en materias de Derecho de Familia. Debe, más bien, subrayarse que la UE dispone de competencia para crear un “espacio judicial europeo”, lo que puede exigir la elaboración de normas de Derecho internacional privado en cualquier materia de Derecho privado, incluido, naturalmente, el Derecho de Familia.
 - 3º) Además, el legislador de la UE dispone de un notable “margen de apreciación” para determinar si una medida como la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio es necesaria o conveniente para el “correcto funcionamiento del mercado interior”
 - 4º) La competencia de la UE para elaborar el Reglamento Roma III se ajusta perfectamente también al principio de subsidiariedad y al principio de proporcionalidad. En efecto, en cuanto al principio de “subsidiariedad”, el objetivo que persigue el Reglamento (= unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de divorcio), no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros de modo aislado (= una normativa nacional no puede unificar los Derechos de los Estados miembros en la materia), y por consiguiente, puede lograrse mejor a “escala de la UE” mediante un Reglamento de la UE (Cons. 29 RR-III y art. 5 TUE). Además, el Reglamento Roma III, como ya se ha indicado, no unifica las normas sustantivas de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Por ello, este Reglamento sintoniza perfectamente con el principio de “proporcionalidad” (= se unifican las normas de conflicto pero no las Leyes sustantivas de los Estados miembros: la intervención legislativa de la UE es, así, proporcional al objetivo perseguido)⁸¹.
 - 5º) Por otra parte, para profundizar en la “conversión del Derecho internacional privado nacional de los Estados miembros” en “Derecho internacional privado de la UE”, la utilización de Reglamentos de la UE constituye, por diversos motivos, la vía formal más adecuada: (a) Un Reglamento de la UE sobre la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial constituye una opción de política legislativa europea plenamente acertada porque contiene normas uniformes sobre la Ley aplicable que son detalladas, precisas e incondicionales y que no requieren medidas de transposición por parte de los Derechos nacionales de los Estados miembros. En efecto, si los Estados miembros tuvieran que proceder a la “transposición” de estas normas en sus Derechos nacionales, volvería la inseguridad jurídica que la unificación a escala de la UE de las normas de conflicto pretende suprimir. En efecto, el Reglamento de la UE unifica las normas de conflicto de los Estados miembros, evita los complejos problemas de “Derecho de los Tratados” (= tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc., fomenta la “seguridad jurídica internacional”), permite a los particulares, a los ciudadanos de la UE, invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obliga a los jueces y tribunales estatales a aplicar de oficio el instrumento legal de la UE, y puede ser interpretado por el TJUE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (arts. 267.b TFUE).

Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016); Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

⁸¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 3.2).

c) Enfoque conflictual y multilateral del Reglamento Roma III

32. El Reglamento Roma III contiene normas de conflicto multilaterales que designan la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial. No recoge normas materiales reguladoras del divorcio o separación judicial. Tampoco autoriza la aplicación de “normas de policía” de los Estados miembros en estas materias. El divorcio y la separación judicial se rigen, exclusivamente, por la Ley designada a través de las normas de conflicto del Reglamento Roma III. El Reglamento Roma III recoge un conjunto de normas de conflicto multilaterales. La función de tales normas es designar la Ley estatal que debe regir los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. En tal sentido el Reglamento responde al paradigma de una normas de conflicto neutrales que ofrecen las mismas posibilidades de aplicación a todas las leyes del mundo porque las consideran “igualmente justas” y por tanto, “intercambiables”, expone M. LEHMANN⁸². Esta sencilla afirmación comporta consecuencias de envergadura.

- 1º) El Reglamento Roma III no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Cada Estado miembro participantes regula el divorcio / separación judicial como tiene por conveniente y sin ninguna “imposición” por parte de la UE. Recuerda P. FRANZINA que la UE carece de competencia objetiva para unificar el Derecho de Familia sustantivo de los Estados miembros. La UE sí dispone de competencia para elaborar «normas de conflictos de leyes» (art. 81.2 TFUE) incluso, en relación con el «Derecho de Familia» (art. 81.3 TFUE)⁸³. De este modo, el Reglamento Roma III preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE
- 2º) El Reglamento Roma III tampoco contiene una normativa material propia y específica del divorcio / separación judicial en los supuestos internacionales, distinta a la regulación legal de los divorcios «meramente nacionales». Nada tiene que ver el Reglamento Roma III con la construcción de un hipotético «Código Civil europeo» en materias de Derecho de Familia, de carácter material o sustancial. La elaboración de este cuerpo legal comportaría diversos y graves inconvenientes: (a) Resultaría contrario al principio de subsidiariedad y proporcionalidad; (b) Es innecesario si se cuenta con normas de conflicto uniformes en la UE; (c) Es un objetivo de difícil realización, pues el grado de acercamiento valorativo de los Derechos de los Estados miembros no es elevado, lo que dificulta todo proceso de redacción de un Código material de Derecho de Familia en Europa; (d) En el estado actual del Derecho de la UE, la UE carece de competencia para elaborar un Derecho sustantivo de Familia común a los Estados miembros.
- 3º) El Reglamento Roma III contiene un conjunto normas de conflicto que señalan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. Se trata de normas de conflicto multilaterales, que localizan el divorcio / separación judicial en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos y que hacen aplicable la Ley sustantiva de dicho país. Tales normas de conflicto son «multilaterales», por lo que pueden conducir a la aplicación de la Ley de cualquier Estado, sin preferencias por uno u otro. El Reglamento Roma III sigue, pues, en palabras de T. VIGNAL, un «*méthode classiquement bilatérale*»⁸⁴. Se reafirma, así, la “apertura al mundo” del Derecho internacional privado europeo, tal y como han escrito H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER⁸⁵. Se asegura, también un enfoque neutral de la norma de conflicto entendido como una igualdad de oportunidad de aplicación de las leyes de todos

⁸² M. LEHMANN, “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

⁸³ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

⁸⁴ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 309-311.

⁸⁵ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2019: Konsolidierung und Multilateralisierung”, *IPRax*, 2020, n.2 vol. 40, pp. 97-126.

los Estados del mundo, un *approach* savygniano, escribe M.-P. WELLER⁸⁶. El Reglamento Roma III no es legeforista. Como han subrayado F. SEATZU / J. CARRASCOSA, el Reglamento no ha recurrido al método fácil, pero simplista y con frecuencia costoso para los cónyuges, de proclamar, con carácter general, la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) a los litigios de divorcio / separación judicial. La aplicación al divorcio / separación judicial de la *Lex Fori* es, en el Reglamento Roma III, y salvo casos excepcionales, una medida meramente residual (art. 8.d RR-III).

- 4º) Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III conducen, en todo caso, a la aplicación de una “Ley estatal”. Sus normas de conflicto no designan, en ningún caso, como aplicable a un divorcio / separación judicial, una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*). Tampoco los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, una normativa exclusivamente religiosa no estatal (art. 5 RR-III *a contrario*).
- 5º) El legislador de la UE no ha empleado “normas unilaterales” para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La evidente y palmaria preferencia del legislador de la UE por normas de conflicto multilaterales responde a su intención de potenciar la claridad legal, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica (Cons. (9) RR-III). Se ha descartado así la utilización del “método unilateral francés” (art. 309 *Code*) a tenor del cual, los litigios de divorcio / separación judicial vinculados con casos vinculados con Francia se sujetaban al Derecho francés y los no vinculados con Francia se debían regir por la Ley designada por las normas de conflicto extranjeras de los Estados vinculados con el caso. Este sistema, de extraordinaria complejidad técnica y nula ventaja material, habría comportado la necesidad de aplicar la *Lex Fori* a los casos vinculados con el Estado miembro participante cuyas autoridades resultaren competentes, mientras que los restantes litigios (= casos de divorcio / separación judicial “alejados” de la esfera del país cuyos tribunales conocen del asunto) deberían haberse sujetado a la Ley estatal designada por las normas de conflicto de los Estados conectados con el caso. Ello habría comportado los clásicos problemas de la “laguna” (= ninguna Ley estatal de autodeclara aplicable al litigio) y del “cúmulo” (= varias Leyes estatales son aplicables al mismo litigio porque varias normas de conflicto de distintos Estados así lo indican). El sistema unilateral complica la designación del Derecho aplicable (= lo que incrementa los costes conflictuales) y no comporta ninguna ventaja de fondo.
- 6º) Tampoco contiene el Reglamento Roma III ninguna norma que autorice a aplicar las normas de Derecho interno conocidas como “normas de policía” o “normas internacionalmente imperativas”, que regulen el divorcio / separación judicial. La imposibilidad de interferencia de estas normas en el mecanismo conflictual del Reglamento Roma III aumenta la claridad normativa, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Esta decisión de política jurídica responde al hecho de que las materias relativas al Derecho de Familia experimentan en la actualidad un proceso de “contractualización” o “liberalización”. Ello significa que el Estado renuncia a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y concede autonomía regulativa a los cónyuges. El “orden público de dirección” (= conjunto de normas que salvaguardan un determinado modelo de familia), desaparece progresivamente y queda, exclusivamente, un “orden público de protección” que garantiza los derechos individuales de toda persona (P. FRANZINA). Ese “orden público de protección” queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III), de modo que no es necesario “dirigir” u “obligar” a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas internacionalmente imperativas.

⁸⁶ M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?”, *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

- 7º) Las normas de conflicto del Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 se acompañan, además, de un *set* de normas de aplicación que resuelven los problemas característicos de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos, cuestión previa, etc. Ello facilita la aplicación autónoma del Reglamento Roma III sin que sea preciso recurrir a las normas de cada Estado miembro para solventar estas cuestiones. De ese modo, se incrementa la seguridad jurídica, la claridad normativa y se reducen, para los cónyuges, los costes de información de la normativa conflictual.
- 8º) El Reglamento Roma III recoge un sistema conflictual técnicamente muy cuidado y construido sobre principios conflictuales coherentes y sólidos. Es, por ello, un “Reglamento elegante”, ya que contiene un escaso número de normas de conflicto que proporcionan soluciones sencillas que responden a una lógica conflictual clara y que permite alcanzar resultados positivos. El Reglamento contiene, en efecto, un “*marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes*” y garantiza “*soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*” (Cons. (9) RR-III). Se aleja así este Reglamento, del carácter puntilloso, burocratizado, farragoso y, a fin de cuentas, poco práctico y de escasa calidad técnico jurídica, propio de otras normas de Derecho internacional privado, como el Reglamento 4//2009 [alimentos] y el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños], conjuntos normativos que se convierten, en sí mismos, en problemas jurídicos que se añaden a los que tratan de resolver⁸⁷.
- 9º) El Reglamento Roma III tampoco obliga, de ninguna manera, a los Estados miembros que no contemplan el divorcio en su ordenamiento jurídico, como ha sido el caso de Malta, a introducirlo en su legislación interna (Cons. (26) RR-III). Si Malta reforma sus leyes y permite el divorcio será por una decisión completamente interna de los ciudadanos y órganos legislativos de Malta y no por imposición de la UE, como así ha sucedido⁸⁸.
- 10º) El Reglamento no se ocupa de la cuestión de la competencia judicial internacional para resolver litigios de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Ello merma un tanto, apunta P. HAMMJE, la coherencia entre el Reglamento Roma III y el Reglamento Bruselas II-ter⁸⁹. Tampoco recoge el Reglamento Roma III criterios de validez extraterritorial de decisiones de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial entre los Estados miembros. La regulación de estos dos aspectos, -que debería ser mejorada, escribe A. BONOMI, en particular en relación a la competencia internacional para declarar un divorcio transfronterizo-, corresponde al Reglamento Bruselas II-ter⁹⁰. En cierta medida, puede afirmarse que el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] «completa» al Reglamento Bruselas II-ter y cierra el círculo de la regulación de las cuestiones jurídicas que suscita el divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial en los casos internacionales. En efecto, en este momento, y gracias a los Reglamentos 2019/1111 y 1259/2010, las tres grandes áreas propias del Derecho internacional privado relativas a las crisis matrimoniales (competencia - Ley aplicable - validez extraterritorial de decisiones) han quedado reguladas por instrumentos legales

⁸⁷ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010); Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009).

⁸⁸ *Vid. Diario El País* 29 mayo 2011 y Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés tras un referendun que arrojó un 53% de votos favorables al divorcio. *Vid.* <https://www.bbc.com/news/world-europe-14285882>.

⁸⁹ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

⁹⁰ A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis, *RCDIP*, 2017-4, pp. 511-534.

elaborados por la UE. Queda fuera de ese círculo, por razones propias de la institución, la cuestión de la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio.

33. Antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III, cada Estado miembro disponía de sus propias normas de conflicto para señalar el Derecho aplicable al divorcio y a la separación judicial en los “casos internacionales”. Como destacó la Comisión de las Comunidades Europeas, y tal y como expone I. PERIN TOMICIC, podían distinguirse dos grupos de Estados miembros: 1º) Un primer grupo estaba formado por aquellos Estados miembros que determinaban la Ley aplicable al divorcio a través de puntos de conexión que persiguen la aplicación al divorcio del Derecho del Estado con el que la situación presenta una mayor vinculación. Es el caso de Bélgica, España, Italia, Alemania, Francia, Grecia, Austria, Hungría, Estonia, Luxemburgo, Holanda, República Checa, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia; 2º) Un segundo grupo de Estados miembros hace aplicable al divorcio, en todo caso, la *Lex Materialis Fori*⁹¹. Es el caso de los países escandinavos y anglosajones: Letonia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Irlanda y Chipre (K. McQUAID). Estos Estados seguían y siguen, un auténtico *Lex Fori Approach* (= cuando sus tribunales son internacionalmente competentes, aplican siempre su propia Ley sustantiva). En una posición muy específica se hallaba Francia, que utilizaba una «norma de conflicto unilateral» para determinar la Ley aplicable al divorcio (art. 309 *Code*), como puede verse en los ya clásicos escritos de P. COURBE y PH. FRANCESCAKIS⁹². En consecuencia, la Ley aplicable a un mismo supuesto de divorcio podía ser distinta según el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. La posibilidad de *Forum Shopping* y diversidad de Ley sustantiva aplicable al mismo supuesto de divorcio era muy elevada debido a que, con arreglo al Reglamento Bruselas II-ter [materia matrimonial y responsabilidad parental], tribunales de distintos Estados miembros pueden ser competentes para dictar una sentencia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial en relación con un mismo supuesto.

d) Principio de coherencia europea y Reglamento Roma III

34. El principio de coherencia del Derecho internacional privado de la UE está presente en Reglamento Roma III. Dicho principio presenta un significado múltiple: (a) Los ámbitos de aplicación de los distintos Reglamentos europeos de Derecho internacional privado deben encajar correctamente. Una concreta cuestión de Derecho internacional privado debe quedar sujeta a un reglamento europeo determinado, no a varios reglamentos. El solapamiento de reglamentos europeos aplicables a una misma situación jurídica debe evitarse; (b) Los conceptos, instituciones, mecanismos jurídicos y modos de aplicación del Reglamento Roma III deben ser coherentes con los empleados en los demás instrumentos legales del Derecho de la UE y en particular, con los utilizados por el Reglamento Bruselas II-ter (art. 2 y Cons. [10] RR-III). El concepto, en suma, debe ser el mismo en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Esta idea (“*synchronicity*”), expone V. GAERTNER, ya aparece recogida en los Cons. [7] y [17] Reg. Roma I de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales] y en el Cons. [7] Reg. Roma II de 11 julio 2007 [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]⁹³. El propósito del legislador de la UE es crear una base jurídica ordenada, sistemática, interrelacionada y coherente, integrada por todos los instrumentos legales de Derecho internacional privado elaborados por la UE. Ello potenciará la seguridad jurídica, la claridad normativa y la sencilla aplicación de las normas de Derecho internacional privado de la UE.

⁹¹ I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

⁹² P. COURBE, «Le divorce international, premier bilan d’application de l’article 310 du Code civil», *TCFDIP*, 1988/1989, pp. 123-140; PH. FRANCESCAKIS, «Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international», *Revue critique de droit international privé*, vol.LXIV, 1975, pp. 553-594.

⁹³ V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136.

e) Aplicación del Reglamento Roma III a personas que no son ciudadanos de la UE

35. La libre circulación de personas es un derecho subjetivo que se atribuye, exclusivamente, a los ciudadanos de la UE (= sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE: art. 9 TUE). No obstante, el Reglamento Roma III constituye una pieza más de la progresiva construcción del “espacio de libertad, seguridad y justicia” (Cons (1) RR-III). Es un Reglamento no dirigido exclusivamente a los ciudadanos de la UE, sino orientado al “*progresivo establecimiento*” del espacio judicial europeo. Dicho espacio beneficia a todas las personas que se encuentran en él y que se dirigen a los órganos jurisdiccionales que lo integran. Por otro lado, el Reglamento coadyuva también al “buen funcionamiento del mercado interior”. En efecto, si todos los sujetos que habitan, viven y trabajan en la UE pueden trasladarse de un Estado miembro a otro sin los obstáculos legales que plantea la existencia de normas de conflicto diferentes en materia de divorcio propias de cada Estado miembro. En tal sentido, como muestran las contribuciones de V. GAERTNER, E. JAYME / CH. KOHLER, F. SALERNO y P. McELEVAY, la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio potencia el mejor funcionamiento del mercado interior, sean o no ciudadanos de la UE los cónyuges de cuyo divorcio se trata⁹⁴. Esta idea ha sido expresamente ratificada por el Reglamento Roma III. El Reglamento se refiere, en diversas ocasiones, al hecho de que dicho texto potencia la circulación o movilidad de los «*ciudadanos*», en general. Los beneficiarios de esta movilidad potenciada por el Reglamento Roma III son todas las personas que circulan por el «espacio judicial europeo», sean o no ciudadanos de la UE (*vid. expresamente*, Cons. (15) RR-III: «*Aumentar la movilidad de los ciudadanos requiere, por una parte, más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica....*», Cons. (9) RR-III: «*El presente Reglamento debe (...) garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad...*», Cons. (29) RR-III: «*[...] los objetivos del presente Reglamento, a saber, el aumento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y por lo tanto la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión [...]*»). El Reglamento no se refiere ni una sola vez al término «*ciudadanos de la UE*» o «*ciudadanos de los Estados miembros (participantes)*».

f) Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al divorcio

36. El Reglamento Roma III contiene diversos puntos de conexión estructurados “en cascada”, para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. A cada tipo de divorcio / separación judicial corresponde una Ley estatal aplicable diferente. Los puntos de conexión recogidos en el Reglamento Roma III se inspiran en los que contiene el art. 55 de la Ley belga que contiene el código de internacional privado, aunque las normas europeas se separan de las belgas en aspectos concretos, como explica C. BARBÉ⁹⁵.

37. Las normas de conflicto del Reglamento Roma III contienen distintos puntos de conexión aplicables para designar la Ley estatal aplicable tanto al divorcio como a la separación judicial. Con arreglo a lo que expone P. HAMMJE, varias observaciones deben realizarse al respecto⁹⁶.

⁹⁴ E. JAYME / CH. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, pp. 25 ss.; F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; P. McELEVAY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136.

⁹⁵ C. BARBÉ, «Mariage et divorce», *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, pp. 188-193.

⁹⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et

En primer lugar, esta opción de técnica conflictual resulta perfectamente justificada. Ambos supuestos, divorcio y separación judicial, presentan características similares, esto es, se trata de instituciones jurídicas que cancelan o disminuyen la intensidad del vínculo matrimonial, pues persiguen la disolución o relajación del mismo. En consecuencia, indican F. SEATZU / J. CARRASCOSA, los contactos espaciales del ambos supuestos deben ser valorados con arreglo a los mismos parámetros⁹⁷.

En segundo lugar, debe también recordarse que el art. 9 RR-III, procura que la eventual conversión de la separación judicial en divorcio quede sujeta a la Ley estatal que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido elegir otra Ley para regular la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, la regla general es que la Ley aplicada a la separación judicial (*Lex Separationis*) coincida con la Ley que va a ser aplicable el divorcio (*Lex Divortii*).

En tercer lugar, la dicción literal del título del Reglamento y de todos sus preceptos coloca, en primer lugar, al «divorcio» y en segundo lugar, a la «separación judicial», al contrario de lo que ocurre en numerosos sistemas estatales de Derecho internacional privado, en los que se fija la Ley aplicable a la «separación judicial y al divorcio», en ese preciso orden (art. 107.2 CC España, art. 31 *Legge* 218/1995 Italia). Sigue así el Reglamento Roma III el «modelo belga» contenido en el art. 55 Ley belga Derecho internacional privado 16 julio 2004, que, a su vez, siguió la senda trazada por el art. 61 Ley Derecho internacional privado Suiza 18 diciembre 1987. Esta presentación de ambas instituciones (= primero el «divorcio», después la «separación judicial») no es casual ni materialmente indiferente. Refleja la intención del legislador de atender, con carácter preferente, a la regulación conflictual del divorcio, como indica R. SILVA DE LAPUERTA⁹⁸. Ello se produce por varios motivos: (a) El divorcio es una institución conocida y regulada en casi todas las legislaciones del mundo, mientras que la separación judicial sólo se conoce y regula en determinados Derechos estatales; (b) En las legislaciones sustanciales de numerosos países el divorcio tiende a liberalizarse, a expandirse y a concederse por mera voluntad de los cónyuges o de uno solo de ellos. Por el contrario, la separación judicial pierde protagonismo jurídico. Es cada vez menos utilizada, y aparece ligada a concepciones religiosas que no permiten la disolución del matrimonio *intervivos* por divorcio; (c) El divorcio encaja mejor con el derecho a la libertad decisional del individuo en el interior de su núcleo familiar (art. 8 CEDH 1950, art. 7 Carta DFUE 2000, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978) y con la libertad individual de la persona; (d) Por el contrario, la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio debe fijarse mediante puntos de conexión distintos y propios. En efecto, la nulidad del matrimonio, excluida del Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010, debe regirse por las Leyes previamente aplicadas a la formación del matrimonio.

38. La lista de puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, es la siguiente (arts. 5-8 RR-III):

- 1º) El divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes en los términos de los arts. 5-7 RR-III.
- 2º) En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, se aplica la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a RR-III).
- 3º) En defecto del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.b RR-III).
- 4º) A falta del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c RR-III).

le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

⁹⁷ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

⁹⁸ 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.

- 5º) Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, se aplicará la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d RR-III).

39. Como se ha indicado, el Reglamento Roma III recoge un conjunto de puntos de conexión estructurados “en cascada” (*Kegel’s Ladder, échelle de rattachements*), para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. Esta solución legal se justifica por diversas razones.

- 1º) La Ley aplicable se precisa con arreglo a las “vinculaciones espaciales” que el concreto supuesto de divorcio / separación judicial presenta con los diferentes Estados. El Reglamento persigue “localizar” el concreto supuesto de divorcio / separación judicial en el Estado más estrechamente vinculado con el supuesto, cuya Ley es aplicable. En palabras del Cons. 21 RR-III, “[e]sos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”. Añade también el Cons.(14) RR-III que los cónyuges deben poder “designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos”. En el Reglamento Roma III, todos los puntos de conexión que determinan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, incluido, naturalmente, la autonomía conflictual de los cónyuges (= Ley elegida por éstos), están inspirados por el “principio de proximidad”. La aplicación de la Ley estatal que presenta una “mayor vinculación” con el caso concreto (= Ley del Estado donde se localiza el “centro de gravedad de la relación jurídica”) permite “garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad”. Ello significa que la Ley reguladora del divorcio / separación legal es la Ley que permite resolver el litigio a un coste menor para los cónyuges. Para el legislador de la UE, la ecuación “mayor vinculación” o “centro de gravedad de la relación jurídica” = aplicación de la Ley que comporta un coste más reducido es clara. Por ello, puede también afirmarse que en este Reglamento Roma III, resulta válida la equivalencia entre “principio de proximidad” y “norma de conflicto eficiente”.
- 2º) El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 distingue, así, diversos posibles “tipos” de divorcio / separación judicial, en función de sus vinculaciones espaciales con los distintos Estados. De ese modo, cada “tipo” de divorcio / separación judicial se sitúa en un peldaño de la escalera conflictual y se le asigna una Ley estatal aplicable específica. Así, por ejemplo, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges han elegido la Ley aplicable, pertenecen al “tipo 1”, de forma que el art. 5 RR-III considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el país cuya Ley ha sido elegida. Igualmente, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado pero no han elegido la Ley aplicable, pertenecen al “tipo 2”, de forma que el art. 8.a RR-III considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el Estado de la residencia habitual actual de los cónyuges y la Ley de ese país debe aplicarse. Y así sucesivamente.
- 3º) El objetivo material de la escalera conflictual consiste en lograr que el divorcio / separación judicial quede sujeto a la Ley estatal cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges. Se trata de que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al menor coste posible para los cónyuges implicados en el litigio, sea cual sea la solución material que la Ley aplicable ofrezca a la crisis matrimonial.
- 4º) Esta escalera de puntos de conexión está muy claramente inspirada en el Derecho internacional privado belga (art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004), como indica el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio” y como han demostrado F. RIGAUX / M. FALLON⁹⁹.

⁹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7 *in fine*. F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

El precepto citado dice así: «§ 1^{er}. *Le divorce et la séparation de corps sont régis: 1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande; 3° à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 4° dans les autres cas, par le droit belge.* § 2. *Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2° le droit belge. Ce choix doit être exprimé lors de la première comparution*».

g) Orientación conflictual y *favor divortii* en el Reglamento Roma III

40. La preferencia dada por el Reglamento Roma III a soluciones conflictuales construidas sobre el “principio de proximidad” explica de manera sencilla por qué, a la hora de determinar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, es indiferente, para el Reglamento Roma III, el contenido material de la Ley reguladora de dicho divorcio. Del mismo modo, también es posible afirmar que resulta indiferente, también, el resultado final al que conduce la aplicación de dicha Ley sustantiva (= es irrelevante si el divorcio / separación judicial es posible o no es posible, si es más sencillo y rápido o si resulta lento y complejo). Con carácter general, debe afirmarse, pues, que las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III no son normas de conflicto “materialmente orientadas” (= normas que declaran la aplicación de una u otra Ley estatal en función del resultado material concreto que pueda alcanzarse con la aplicación de la misma, como el divorcio mismo, por ejemplo).

41. No obstante lo anterior, existen varios supuestos puntuales en los que sí resulta relevante el contenido material de la Ley estatal que debe regular el divorcio / separación judicial y/o el resultado al que dicho contenido conduce: 1º) Cuando la Ley reguladora del divorcio / separación judicial produce efectos negativos e intolerables sobre la regulación jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participantes cuyos tribunales conocen del asunto. En dicho supuesto, entra en escena la excepción del orden público internacional para evitar la aplicación de dicha Ley (art. 12 RR-III); 2º) Cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no contempla el divorcio. En tal supuesto, entra en funcionamiento una cláusula específica que ordena la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 10 *in primis* RR-III); 3º) Cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10 *in fine* RR-III). En tal caso, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (Ley del foro). En estos tres supuestos, el contenido de la Ley sustantiva aplicable es relevante, es muy relevante, como han subrayado M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ¹⁰⁰. Comprobado que la ley reguladora del divorcio incurre en uno de los supuestos recogidos en el art. 12 y el art. 10 RR-III, el mismo Reglamento „re-sintoniza“ la localización del divorcio / separación judicial y señala otra Ley estatal aplicable distinta a la que, en principio, debería regir el litigio a tenor de los arts. 5 y 8 RR-III.

42. El Reglamento Roma III tiene como objetivo fundamental proporcionar soluciones de Derecho internacional privado que permitan una solución segura, sencilla, estable y clara a los litigios internacionales de divorcio / separación judicial que se suscitan en la UE. Dicho objetivo no prejuzga el

¹⁰⁰ M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ, „Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO“, *IPRax*, 2016-2, pp. 123-132.

resultado material de dichos litigios. Es decir, el Reglamento no busca garantizar, a toda costa, el divorcio / separación judicial de los cónyuges. En tal sentido, el Reglamento contiene diversas disposiciones que propician el divorcio / separación judicial de los cónyuges y otras que no siguen dicha orientación y que se compensan, en cierta medida, entre sí. Ahora bien, resulta evidente que la orientación general del Reglamento persigue facilitar, recuerda S. CORNELOUP, el divorcio en casos con elementos extranjeros¹⁰¹. De este modo, como ha mostrado P. HAMMJE, las disposiciones más relevantes que reflejan un *favor divortii* son las que siguen¹⁰².

En primer lugar, la primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 RR-III). Es cierto que, como ha destacado P. HAMMJE, si los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, se fomenta la posibilidad de que éstos elijan una Ley estatal que les permita un divorcio / separación judicial más rápido y sencillo (= por ejemplo, un divorcio / separación judicial sin causa objetiva, por mutuo consentimiento de los cónyuges)¹⁰³.

En segundo lugar, las cláusulas de orientación sustancial en favor del divorcio contenidas en el art. 12 RR-III (= si en el Derecho del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto el *favor divortii* constituye un principio esencial, el orden público internacional operará para permitir el divorcio incluso en contra de lo dispuesto por la *Lex Causae*), en el art. 10 *in primis* RR-III (= cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no contempla el divorcio, se aplica la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto), en el art. 10 *in fine* RR-III (= cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto) y en el art. 9.2 RR-III (= si la Ley estatal aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicarán las Leyes a las que remite el art. 8 RR-III, salvo que las partes hayan elegido otra Ley para regular su divorcio).

Es cierto que, por otro lado, también ciertas disposiciones del Reglamento Roma III impiden o restringen el *favor divortii*. En primer término, la primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 RR-III) puede ser empleada por los cónyuges para elegir una Ley que no favorezca, de modo particular, el divorcio. En segundo lugar, aclara M. GUZMÁN ZAPATER, el Reglamento no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del Reglamento (art. 13 RR-III)¹⁰⁴. En este sentido, los jueces malteses no debían dictar una sentencia de divorcio aunque la *Lex Causae* designada por el Reglamento así lo indique. La situación ha cambiado desde que Malta ha introducido el divorcio en su legislación interna (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés). En tercer lugar, las disposiciones *pro* divorcio antes citadas (arts. 10 *in primis*, 10 *in fine* y 12 RR-III) sólo imponen la aplicación de la Ley material del foro en casos extremos en los que el divorcio no es posible o resulta discriminatorio. Por tanto, si el divorcio, aunque sea complejo y lento, es factible con arreglo a la *Lex Causae* designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III, dicha Ley se aplicará a pesar de que ello no favorece, en modo particular, el divorcio de los cónyuges. Y aún hay más: si la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), aplicable en virtud de los arts. 10 y 12 RR-III no prevé el divorcio o lo hace muy lento, complejo y difícil, el Reglamento no recoge un remedio pro

¹⁰¹ 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)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, 4, pp. 853-863.

¹⁰² P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹⁰³ P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

¹⁰⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III» en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum* José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, 2012, pp. 521-542.

divorcio a dicha situación. En efecto, no se ha recogido en el texto del Reglamento Roma III un «orden público internacional *a contrario*» que pudiera permitir la aplicación de una Ley extranjera si la *Lex Fori* no contempla el divorcio o lo hace muy difícil *in casu* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU). En cuarto término, el Reglamento Roma III no contiene un conjunto de normas de conflicto alternativas que conducen a la potencial aplicación de varias Leyes estatales con el objetivo de que se aplique la Ley más favorable al divorcio / separación judicial, sino un sistema de conexiones colocado en forma de escalera conflictual construida sobre el principio de proximidad.

43. El Reglamento Roma III ha rechazado categóricamente el modelo *Lex Fori in Foro Proprio*, característico de los países anglosajones y escandinavos en las materias de Derecho de Familia y en particular, con especial énfasis, en relación con el divorcio internacional. Según este modelo, los tribunales deben aplicar, en todo caso, su legislación material a todo supuesto de divorcio / separación judicial que se les presente y respecto del que resulten competentes, como explica, entre otros, L.-J. SILBERMAN¹⁰⁵. Este *Lex Fori Approach* arranca del principio de territorialidad, que en el Derecho inglés tiene una tradición histórica muy marcada. Los *foreign cases* (= o casos “alejados de la esfera británica”), no pueden ser decididos ni fallados por los tribunales ingleses. La razón es simple. De ese modo se respeta la “Soberanía extranjera”. Y al contrario: los casos “más cercanos” a la esfera británica, deben ser fallados, como no puede ser de otro modo, con arreglo, exclusivamente, al Derecho sustantivo inglés. Por otro lado, el *Jurisdictional Approach* o *Lex Fori Approach*, así como todas las teorías que tratan de justificar la existencia de normas de aplicación necesaria en materia de Derecho de Familia, arrancan de la idea de considerar que dicha legislación en materia de Derecho de Familia es una legislación con connotaciones muy cercanas al Derecho Penal. En materia de divorcio, el método *Lex Fori Approach* se ha mantenido del modo más inalterado y puro hasta hoy en Inglaterra, subraya P.M. NORTH¹⁰⁶. Varían, naturalmente, los criterios utilizados para llegar al destino final, que es siempre la aplicación de la *Lex Fori*. La evolución histórica en esta materia es compleja. Al inicio, los tribunales ingleses utilizaron el criterio “domicilio del marido” (= lo que era lógico, pues el domicilio era siempre el común de los cónyuges, ya que la esposa no tenía domicilio propio), como criterio fundamental de competencia judicial internacional. Y ello llevaba siempre a la Ley material inglesa. Tras varias reformas legales en el Derecho material inglés, inspiradas muchas de ellas en el principio de “no discriminación”, se permitió a la esposa adquirir su propio domicilio y también instar el divorcio. Ello ha hecho más complejas las soluciones. Pero no debe olvidarse, con M. WOLFF y M.D.A. FREEMAN, que la *Substantial Lex Fori* continúa siendo la única Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado inglés¹⁰⁷. El *leading case* fue y sigue siendo

¹⁰⁵ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 311-312; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; M. McQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016.

¹⁰⁶ P.M. NORTH, „Development of rules of private international law in the field of family law“, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118.

¹⁰⁷ Lo explica muy bien M. WOLFF, *Private International Law*, 1950, pp. 373-374, cuando afirma que: “*The English court, when entertaining divorce or separation proceedings, applies nothing but English law, because the question of the conditions under which the nuptial tie may be loosened or destroyed touches fundamental English conceptions of morality, religion, and public policy. There can, therefore, be no doubt that where in exceptional cases, the English court is not the court of the domicile, it is nevertheless English law that applies and not the law of the foreign domicile*”. Espléndido también M.D.A. FREEMAN, “Marriage and Divorce in England”, *Family Law Quarterly*, Fall 1995, Vol. 29, No. 3 (Fall 1995), pp. 549-566, esp. p. 557: (texto en: <https://www.jstor.org/stable/25740046>): “*English conflict of laws is very jurisdiction-based. The tendency has been to assume that if the English court has jurisdiction, it will apply English domestic law. This has always been the case in divorce, where divorces have been granted which would not be recognized by the personal laws of the parties and in adoption where courts have paid little attention, for example, to consents that might be required by the child's personal law. Also, in the law of torts, only English law has ever been applied to a foreign tort tried in England or Wales. English courts have tended to be insular, with characterization according to the lex fori all too common⁹⁰ and chauvinism rather than comity often to the fore. As an example of the latter, England did not develop a doctrine of *forum non conveniens* until the mid-1980s. The personal connection factor in English law is the *lex domicilii*. Until 1974, married women automatically acquired their husband's domicile*

Zanelli vs. Zanelli (1948)¹⁰⁸. Sin embargo, este modelo presentaba dos grandes inconvenientes: 1º) No conducía necesariamente a aplicar la Ley estatal que permitía resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En efecto, puede existir una Ley sustantiva bien conocida por los cónyuges cuya aplicación al supuesto de divorcio / separación judicial permitía solventar el litigio a un coste más reducido que la *Lex Fori*; 2º) Generaba *Forum Shopping*, puesto que la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sería diferente según cuál fuera el Estado cuyos tribunales eran competentes para fallar el litigio de divorcio / separación judicial. Ello fomentaba la carrera hacia los tribunales y favorecía al cónyuge mejor posicionado desde un punto de vista económico. Visto que el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 perseguía, entre otros objetivos, acabar con el *Forum Shopping* en el sector de la disolución y relajación del vínculo matrimonial, esta opción metodológica fue rechazada. Por tanto, la prevalencia, en el Reglamento Roma III, del criterio autonomía de la voluntad de los cónyuges constituye un elemento de superación del *Forum Shopping* y del legeforismo, tal y como explica de modo muy convincente H. RÖSLER¹⁰⁹. Y ello pese a que el art. 8 RR-II conduce con mucha frecuencia, y en el nombre de la “integración de la persona en el país de su residencia habitual”, a aplicar la *Lex Fori*, como ha señalado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹¹⁰.

III. La Ley elegida por los cónyuges como Ley aplicable al divorcio

1. Aspectos generales

44. El primer criterio para determinar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es la autonomía de la voluntad conflictual (*la règle de principe*). En efecto, indica el art. 5.1 RR-III que los cónyuges “podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”. El divorcio / separación judicial se regirá por la Ley estatal elegida por los cónyuges siempre que dicho acuerdo de elección de Ley respete los límites y requisitos recogidos en los arts. 5-7 RR-III. La elección de la Ley aplicable debe referirse al divorcio o separación legal, esto es, a la Ley que regula las causas de disolución del matrimonio *inter vivos*. Si existe un pacto, acuerdo o capitulación matrimonial que contiene una elección de Ley aplicable a tal acuerdo, la Ley elegida rige dichos pactos pero no el divorcio (STS 17 febrero 2021 [divorcio y cónyuges franceses])¹¹¹. Se trata, es claro, de cuestiones bien distintas.

A) Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del divorcio internacional

45. Los fundamentos teóricos de la admisión de la admisión de la elección, por los cónyuges, de Ley aplicable al divorcio / separación judicial son diversos como ya sostuvieron autores como C. LABRUSSE, A.E. VON OVERBECK, P. GANNAGÉ, J.-Y. CARLIER, E. JAYME, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que desde hace ya años defendían esta posibilidad¹¹².

as a domicile of dependency, while children can acquire their own domicile at sixteen. All acquire on birth, a domicile of origin and this revolves upon the abandonment of any domicile of choice”.

¹⁰⁸ *Zanelli v Zanelli* (1948) 64 TLR 556.

¹⁰⁹ “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RebelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

¹¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85.

¹¹¹ STS 17 febrero 2021 [ECLI:ES:TS:2021:532].

¹¹² C. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *TCF-DIP*, 1975/1977, pp. 111-144; A.E. VON OVERBECK, «L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; P. GANNAGÉ, «La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425-454; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et*

46. Tras el triunfo planetario de la economía de mercado (9 noviembre 1989: caída o, más bien, derribo del Muro de Berlín), la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han potenciado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado, precisa S.M. CARBONE¹¹³. Son los particulares los que de un “modo descentralizado”, esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado, deciden con quién y cómo contraer matrimonio, qué nombre ostentar, qué relaciones económicas tener con su cónyuge, de qué modo y manera desean divorciarse, etc., como han indicado M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹¹⁴. Se trata de un “orden constitucional policéntrico”, en célebre expresión de R. BARNETT en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas¹¹⁵.

La idea es antigua pero resulta muy certera. Ya fue defendida con vehemencia por J. STUART MILL: “*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*”. Ello significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (= “Derecho voluntario”) serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (= “Derecho dirigista” / “Derecho imperativo”). Cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean.

Ello conducirá, necesariamente, como sugiere J.-S. BERGÉ, al resultado más eficiente¹¹⁶. Por eso también elaborar un cuerpo legal único de Derecho Privado para el comercio internacional no constituye una solución eficiente, apunta L. DE ALMEIDA¹¹⁷. En definitiva, un orden jurídico y constitucional policéntrico se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. El divorcio, naturalmente, está incluido.

47. En Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad conflictual significa que las partes deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles a la hora de elegir la Ley aplicable a la situación jurídica.

48. La libre elección de Ley aplicable al divorcio se inserta en un cuadro de liberalización progresiva del divorcio en todas las legislaciones del mundo. El fundamento normativo y filosófico de esta conexión se encuentra en la libertad de decisión de los cónyuges en el interior de su núcleo familiar. Los cónyuges disponen del derecho a organizar su convivencia como tengan por conveniente incluso para poner fin a ella. El individuo pasa al primer plano: es la “*préeminence de l'individuel sur le collectif*”, en palabras de B. BOURDELOIS¹¹⁸. El art. 8 CEDH 1950 (= «*[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)*») proporciona una base muy sólida a este punto de conexión. En idéntico sentido se manifiesta el art. 7 Carta de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. La libre elección de la Ley aplicable potencia, igualmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978). En efecto, esta conexión permite que las personas elijan la Ley del país con el que se sienten psicológica y jurídicamente más vinculadas, es decir, la Ley con arreglo a la cual desean vivir y encauzar sus preferencias vitales y familiares.

statut personnel, Bruselas, 1992; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000.

¹¹³ S.M. CARBONE, “Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, Vol. 49, núm. 3, pp. 569-592.

¹¹⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

¹¹⁵ R.E. BARNETT / N.B. OMAN, *Contracts: Cases and Doctrine*, 6ª ed., William & Mary, 2016; R.E. BARNETT, “Some Problems With Contract as Promise”, *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 1022-1033.

¹¹⁶ J.-S. BERGÉ, “De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux”, *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

¹¹⁷ L. DE ALMEIDA, “Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law”, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

¹¹⁸ B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

En desarrollo de dicha idea, puede afirmarse que, en general, el divorcio se ha extendido por todo el mundo y que, cada vez más, las causas de divorcio se han flexibilizado progresivamente y las dificultades y plazos legales para alcanzar el divorcio se han atenuado. Por tanto, aunque una situación de divorcio esté claramente conectada con un determinado país, es admisible que los cónyuges sujeten su divorcio, por la razón que sea, a la Ley de otro Estado, ya que ello no perjudicará las líneas básicas y los pilares jurídicos maestros del Estado con el que la situación de divorcio está más conectada. En todo caso, el orden público internacional (art. 12 RR-III) evitará, en el caso de que fuera necesario, que se vea dañada la estructura jurídica fundamental de la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto, si se trata de la sociedad principalmente afectada por un concreto supuesto de divorcio, como ha recordado T. WOLFF¹¹⁹.

49. No obstante lo anterior y admitido el auge de la autonomía de la voluntad conflictual en relación con las materias de Derecho de Familia, corresponde al Derecho internacional privado elaborado por el Estado, al Derecho objetivo, desarrollar varias funciones clave.

En primer lugar, el Derecho imperativo debe fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*). La autonomía de la voluntad despliega también una función de des-selección de normas y ello, señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, no debe perjudicar la regulación de sectores sensibles e importantes desde el punto de vista social, como la familia¹²⁰. Debe también establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas¹²¹. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad. El art. 5 RR-II desarrolla esta función de fijación de las reglas del juego para elegir la ley reguladora del divorcio en casos internacionales, como ha puesto de manifiesto A. MILLS¹²².

En segundo lugar, el Derecho imperativo debe crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. El art. 8 RR-II desarrolla esta función de fijación de la Ley aplicable en defecto de elección, por los cónyuges, de la ley reguladora del divorcio en casos internacionales.

En tercer lugar, el Derecho imperativo debe desarrollar la función de prever potenciales efectos nocivos de la aplicación en un país del Derecho de otro país elegido por los cónyuges para regir su divorcio. Esa función la cumple el art. 12 RR-III. Este precepto impide que la ley elegida por los cónyuges pueda, en su aplicación, vulnerar disposiciones imperativas de la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto y que transportan, traducen e implementan valores primordiales y fundamentales del Derecho de dicho país. Valores que reflejan imperativos morales de toda la sociedad, indican B.G. ROBBINS / E. KISER¹²³. En efecto, la Ley elegida por los cónyuges permite a éstos descartar las disposiciones imperativas de ciertas Leyes estatales que pueden presentar una conexión significativa con el divorcio en cuestión, advierte J. CLAVEL-THORAVAL¹²⁴. Sin embargo, el límite del orden público internacional impide que la aplicación en España de una Ley extranjera que regula un concreto divorcio internacional pueda comportar una vulneración de los derechos individuales de toda persona. Se trata de respetar un «orden público de protección», que queda asegurado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III). Este orden público no apunta a «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia, matrimonio y divorcio mediante normas internacionalmente imperativas. No se trata, en ningún caso, de salvaguardar un determinado modelo de

¹¹⁹ T. WOLFF, «Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes», *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250.

¹²⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia», *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

¹²¹ F. MAULTZSCH, «Choice of Law and ius cogens in Conflict of Laws for Contractual Obligations - Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht», *RabelsZ*, 2011, pp. 60-101.

¹²² A. MILLS, «Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé (Conceptualising Party Autonomy in Private International Law)», *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.2, pp. 405-417.

¹²³ B.G. ROBBINS / E. KISER, «Culture, Coercion, and Compliance», septiembre 2018, en <https://ssrn.com/abstract=3264020> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264020>.

¹²⁴ J. CLAVEL-THORAVAL, «L'incidence de la liberté contractuelle sur l'application des dispositions d'ordre public», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 141, 2018, pp. 52-58.

familia propio del Estado de foro, como muy bien ha expuesto P. FRANZINA¹²⁵. Ese «orden público de protección» queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III), de modo que no es necesario «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas internacionalmente imperativas.

B) Ventajas operativas de la autonomía de la voluntad en el sector del divorcio internacional

50. La elección de Ley es un contrato en sí mismo, regulado por el art. 5 RR-III en sus elementos esenciales¹²⁶. El punto de conexión “autonomía de la voluntad” presenta ventajas innegables, bien sistematizadas por S. ARNOLD, que justifican su posición como primer criterio de determinación de la Ley reguladora de los divorcios con elementos extranjeros en el Reglamento Roma III¹²⁷. Tales ventajas pueden resumirse en las que siguen.

a) Seguridad jurídica

51. En primer lugar, la elección de ley proporciona seguridad jurídica internacional a los cónyuges. El Derecho regulador del divorcio queda fijado antes de que éste se produzca, de modo que con anterioridad a un posible divorcio, los cónyuges pueden saber con total previsibilidad la Ley estatal que regirá su divorcio. Los cónyuges pueden viajar por el mundo entero, cambiar de país de trabajo, de país de residencia habitual o cambiar de nacionalidad. Ninguno de esos cambios alterará la Ley aplicable al divorcio. En tal sentido, la elección de la Ley aplicable potencia una mayor “movilidad de los ciudadanos” (Cons. (15) RR-III). En efecto, aunque los cónyuges cambien de Estado de residencia habitual, ello no afectará a la Ley aplicable al divorcio, que será siempre la Ley elegida por los cónyuges en virtud de su acuerdo. Puede afirmarse, en modo metafórico, que la Ley elegida por los cónyuges para regular su divorcio es la Ley de origen de dicho divorcio y que no cambia aunque las circunstancias de los cónyuges sí se vean alteradas. La Ley elegida por los cónyuges es, siempre, la Ley que rige el divorcio, pues ha quedado fijada ex ante por los cónyuges, como ha explicado R. MICHAELS¹²⁸. En un mundo cambiante caracterizado por una altísima movilidad y circulación internacional de las personas, este punto de conexión resulta adecuado. En la era de la Globalización, indica R. TRIPS-HEBERT, la elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su divorcio constituye un elemento de estabilidad, de certeza y de seguridad jurídica¹²⁹. La defensa de los intereses propios de los cónyuges (= un divorcio revestido de seguridad jurídica muy elevada, una potenciada movilidad internacional de los cónyuges, un divorcio internacional a coste reducido), pone de relieve, como ha subrayado P. HAMMJE, que el legislador de la UE ha perseguido satisfacer estos intereses privados de los cónyuges (*intérêts privés des époux*) y no los

¹²⁵ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹²⁶ M. AHMED, “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; J. FOYER, «Le contrat d’«electio juris» à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Mélanges Y. Lous-souarn*, Paris, 1994, pp. 169-179; P. FRANZINA, “Le soluzioni dei Principi dell’Aja in tema di esistenza e validità della *electio iuris*: quali spunti per una ipotetica revisione del Regolamento Roma I?”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 927-947; P. FRANZINA, «La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2016, pp. 221-239.

¹²⁷ S. ARNOLD, “Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht”, en S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53; S. PATTI, «Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali», en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 271-280.

¹²⁸ R. MICHAELS, “EU law as private international law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested-rights theory”, *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195-242.

¹²⁹ R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Aknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003, pp. 13-19.

intereses generales de los Estados miembros (*considérations d'intérêt général*)¹³⁰. Con ello, ciertamente, se impulsa un enfoque claramente voluntarista del divorcio / separación legal, una concreta «política europea del divorcio» favorable a esta institución, apunta P. KINSCH¹³¹. En todo caso, debe subrayarse, también, como indica J. MEEUSEN, que el Reglamento Roma III se inserta en lógica de la globalización, de modo que dicho Reglamento procura que el pacto de elección de Ley no pueda ser invalidado ante ningún tribunal y pueda ser efectivo en cualquier parte del mundo¹³². Esa garantía mundial de validez no puede ser asegurada al cien por cien por el Reglamento Roma II, que no es una pieza del Derecho mundial, en expresión de F. GALGANO¹³³. Ahora bien, el Reglamento citado sí puede procurar que el pacto de elección de Ley cumpla con unos altos standers de calidad jurídica, como son el consentimiento libre e informado de las partes, su constancia por escrito y la certeza de su fecha. con tales elementos, el pacto de elección de Ley dispone de amplias opciones para ser considerado válido ante tribunales de Estados no participantes en el Reglamento Roma III pero que admitan la posibilidad de que los cónyuges elijan la Ley aplicable a su divorcio.

52. Del mismo modo, la elección de ley aplicable al divorcio evita ulteriores controversias entre los cónyuges en torno a cuál es la Ley que debe regir el divorcio (*Lex Divortii*). Autores como O. KAHN-FREUND, W. WENGLER y M. VIRGÓS SORIANO han puesto de relieve este dato con solvencia en relación con los contratos internacionales¹³⁴. En tal sentido, cuando existe un pacto entre los cónyuges, incluido o no en un acuerdo prematrimonial sobre la Ley aplicable al divorcio, los cónyuges no litigarán sobre cuál es la Ley reguladora del divorcio, como ha expuesto M.J. VALVERDE MARTÍNEZ¹³⁵. Por ello, puede afirmarse que la cláusula de elección de la Ley aplicable al divorcio reduce costes de *enforcement* del mismo. Dicha cláusula evita litigar sobre la determinación de la Ley del divorcio. Por esta razón, se afirma que la elección, por las partes, de la Ley del divorcio, despliega una la “función profiláctica”, pues evita conflictos jurídicos, com ha destacado una brillante literatura académica sobre los acuerdos prematrimoniales¹³⁶.

¹³⁰ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹³¹ P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384.

¹³² JOHAN 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.

¹³³ F. GALGANO, “Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto”, *Politica del diritto*, 2009-2, pp. 177-192. *Amplius*, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Collana Saggi, 2005.

¹³⁴ O. KAHN-FREUND, «La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant-projet européen d'unification des règles de conflit en la matière», *Revue critique de droit international privé*, 1973, pp. 607-617; W. WENGLER, “L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *RCDIP*, 1990, pp. 663 ss.; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208; Id., “Art. 10.5 Cc.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart)*, 2ª ed., tomo I, vol.3º, Ed.Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, pp. 609-694.

¹³⁵ M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Acuerdos Prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo”, *Revista abogados de familia*, marzo 2022, núm. 113, pp. 13-27.

¹³⁶ En tal sentido, A. FUSARO, «Marital contracts, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2012, n° 7-8, pp. 475-483; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; I. ANTÓN JUÁREZ, «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 5-45; I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; I. ANTÓN JUÁREZ, «Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 82-111; CH. CHALAS, «Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?», *Journal de droit international Clunet*, 2016, pp. 781-826; Mª.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, 2013; S. GUILLIOD, *Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten: ehevertragsliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts*, Basel, Helbing Lichtenhahn

b) Facilitación de la labor judicial

53. En segundo lugar, la libre elección de ley aplicable al divorcio por los cónyuges facilita la labor de los tribunales en el plano del Derecho internacional privado. La autonomía de la voluntad conflictual constituye una conexión judicialmente sencilla (= su aplicación por los jueces no reviste complejidad). Una vez elegida por los cónyuges la Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, el juez se limitará a comprobar que la elección de Ley existe y es válida (= que se ajusta a los requisitos contenidos en los arts. 5-7 RR-III), y aplica dicha Ley elegida, sin más. El tribunal no debe, por tanto, realizar el “trabajo conflictual” (“*travail de localisation*”) o “test de proximidad” destinado a determinar el país que se encuentra, objetivamente, más estrechamente vinculado con el caso concreto de divorcio o separación judicial. Con ello, los beneficiados son, mayormente, los cónyuges, pues su proceso de divorcio / separación legal no se verá ralentizado por los típicos problemas del juez en la determinación de la Ley aplicable al mismo (= búsqueda judicial de la Ley estatal más conectada o más apropiada para regir el divorcio / separación legal). En suma, el juez estatal o autoridad que deben zanjar la controversia ya conocen qué concreta Ley debe regir el divorcio: es la Ley elegida por los cónyuges. De este modo, el juez o el árbitro no tiene que fijar la Ley del contrato. No debe emplear recursos de la Administración de Justicia ni tiempo en ello. Por tanto, la elección de Ley por las partes ayuda a una buena administración de la Justicia. Oportuno es recordar, con J. MEEUSEN, que la buena administración de la Justicia es una faceta innegable de la eficiencia con soporte constitucional¹³⁷.

c) Elección de la Ley más conveniente para regular el divorcio

54. En tercer lugar, la elección de ley permite sujetar el divorcio a la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos para resolver el divorcio. El punto de conexión “autonomía de la voluntad de los cónyuges” faculta que el divorcio / separación judicial quede regulado por la Ley estatal que comporta los “costes conflictuales” más reducidos para los cónyuges, como han hecho notar E.A. O’HARA / L.E. RIBSTEIN¹³⁸. Se trata de facilitar que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al coste más reducido para los cónyuges. Esta idea se recoge, de modo parcial, en distintos Considerandos del Reglamento Roma III. Así el Cons. (9) indica que “[e]l presente Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad...”. El Cons. (14) precisa que los cónyuges deben poder “designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos...”. El Cons. (15) RR-III subraya que el Reglamento refuerza la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, y les deja “cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación”. En definitiva, se trata de que los cónyuges puedan elegir la Ley estatal que prefieran (= la Ley que les comporte más ventajas por conllevar menos costes conflictuales). Ello les permitirá, por ejemplo, elegir la Ley de un país que los cónyuges ya conocen y/o con arreglo a la cual están acostumbrados a ajustar sus conductas: “*the law the spouses are most familiar with*”, en palabras de V. GAERTNER¹³⁹. Así, por ejemplo, dos cónyuges franceses que residen por razones de trabajo en Kuwait prefieren que su divorcio se rija por el Derecho francés,

Verlag, Baden-Baden, Nomos, 2016.

¹³⁷ J. MEEUSEN, “Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?”, *American journal of comparative law*, 2019-3, pp. 637-676.

¹³⁸ E.A. O’HARA / L.E. RIBSTEIN, “Conflict Of Laws And Choice Of Law”, en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht, 2000 (versión on line), pp. 631-660, esp. p. 635.

¹³⁹ V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136. También, mucho antes ya, H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat- und - verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988.

pero no porque estimen que el Derecho francés es el mejor Derecho del mundo en materia de divorcio, sino porque para ellos, conocer y informarse sobre el Derecho francés comporta un coste menor que conocer e informarse sobre el Derecho kuwaití, sueco o finlandés, aunque cualquiera de estos Derechos pudiera ser más conveniente para sus intereses desde un punto de vista material.

55. Las explicaciones “extra-económicas” del auge actual de la autonomía de la voluntad conflictual en sectores del Derecho de familia, como el divorcio, como las que se intentan construir sobre circunstancias heterogéneas tales como la protección de los derechos individuales, el libre desarrollo de la personalidad, la simple “moda” que impera el mundo jurídico, la autonomía del individuo o el liberalismo político, entre otras, no se ajustan a la realidad. Estas explicaciones extraeconómicas, apunta F. VISCHER, no permiten explicar el auge de la autonomía de la voluntad de un modo satisfactorio¹⁴⁰. En efecto, tales circunstancias extraeconómicas sólo ofrecen una visión parcial del fenómeno, con frecuencia basada en la pura dogmática jurídica, en vacíos juegos de conceptos y en pseudo explicaciones con un débil fundamento políticamente correcto. Toda explicación „no económica“ de la imparable ascensión de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado actual conduce a conclusiones equivocadas. La autonomía de la voluntad garantiza, siempre, y en todas las materias, que la situación privada internacional quedará regulada por la Ley cuya aplicación al supuesto generará los costes conflictuales menores para los sujetos implicados. En particular, este punto de conexión permite a los inmigrantes que residen habitualmente en un Estado miembro, hacer aplicable a su divorcio o separación judicial, la Ley del país en el que se hallan efectiva y socialmente integrados según el tipo de inmigración del que se trate (SAP Castellón 27 abril 2015 [divorcio entre cónyuges rumanos])¹⁴¹. Una “inmigración breve” les aconsejará elegir su Ley nacional común o la Ley del país de origen de los mismos (= pues con ello se dictará una sentencia con mayores posibilidades de ser reconocida fácilmente en su país de origen) (SAP Barcelona 9 febrero 2012 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁴². Como muy bien apuntan F. RIGAUX / M. FALLON, una «inmigración duradera» aconseja a los cónyuges una elección en favor de la Ley del Estado miembro en el que ambos tienen su residencia habitual, si conocen o pueden conocer dicha Ley a un coste menor que el que les acarrearía conocer y aplicar la Ley de su país de origen¹⁴³.

56. Por tanto, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges someter su divorcio al “Derecho material más adecuado” a sus intereses, como han explicado P. MAYER / V. HEUZÉ¹⁴⁴. En este sentido, este punto de conexión permite para satisfacer los intereses privados de las personas que operan en un contexto transfronterizo. Las partes eligen la Ley que desean que regule su divorcio, por razones sustantivas, procesales o cualesquiera otras, más les conviene a la hora de regular la disolución de su matrimonio jurídicas. De esta manera, la autonomía de la voluntad conflictual conduce a la solución más eficiente para los particulares, la que les proporciona la mejor regulación jurídica. Desde este punto de vista, la autonomía de la voluntad conflictual sintoniza con idea de eficiencia en el Derecho: la Ley elegida por los cónyuges es la que mejor resuelve los conflictos entre los mismos porque es la que les permite solventar tales disputas al menor coste posible, como ha manifestado S. DNEŠ¹⁴⁵. Es la Ley que les permite, en una mayor medida, ahorrar costes de transacción en la disolución del matrimonio, como subraya el muy recordado y admirable P. MANKOWSKI¹⁴⁶. Y, de este modo se protege también la alteridad,

¹⁴⁰ F. VISCHER, „Zum Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen“, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1956, pp. 117-122; F.B. VISCHER, “The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol.142 pp. 1-70.

¹⁴¹ SAP Castellón 27 abril 2015 [CENDOJ 12040370022015100141].

¹⁴² SAP Barcelona 9 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100146].

¹⁴³ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

¹⁴⁴ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 511-550.

¹⁴⁵ S. DNEŠ, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

¹⁴⁶ P. MANKOWSKI, „Art. 3 RR-I“, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

el derecho a ser diferente y a disponer de unas reglas jurídicas propias, precisa H. MUIR WATT¹⁴⁷. Porque cada pareja de cónyuges elegirá la Ley que dicha pareja convenga más para regir su divorcio.

57. En este sentido, la libre elección de la ley aplicable al divorcio en los casos internacionales permite a los cónyuges llevar una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión, en efecto, dotado de gran flexibilidad: los cónyuges eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la Ley estatal que prefieren ver aplicada a su divorcio. Esta flexibilidad de elección y de cambio de la Ley aplicable encaja con el carácter líquido de la sociedad actual, en la que todo cambia a velocidad vertiginosa, como hace notar Z. BAUMAN¹⁴⁸. Por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual permite a los contratantes articular el fin de su relación matrimonial de un modo flexible y líquido, pues eligen el modelo legal que prefieren para su divorcio y además pueden cambiarlo si lo desean mediante la elección de otra Ley estatal.

58. No obstante lo anterior, como ha demostrado F. PIETRANGELI en el campo de los contratos internacionales, la mayor parte de los cónyuges prefiere la aplicación al divorcio de aquellas Leyes estatales que conocen y con arreglo a las cuales están habituados a comportarse jurídicamente¹⁴⁹. La aplicación de dichas Leyes les provoca, lógicamente, costes de información escasos, en todo caso inferiores a los que les provocan otras Leyes estatales que no conocen en absoluto o que sólo conocen parcialmente o con menor intensidad¹⁵⁰. En el fondo, como expone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ también en el sector de los contratos, puede afirmarse que la mayor parte de los casos, un cónyuge español y/o con residencia habitual en España prefiere la aplicación a su divorcio contrato del Derecho español, mientras que un cónyuge francés y/o con residencia habitual en Francia prefiere que el divorcio quede sujeto al Derecho francés¹⁵¹. Pero no porque el cónyuge español piense que el Derecho francés, el japonés o el alemán son “peores” que el Derecho español, sino porque ya conoce el Derecho español y no tiene que investigarlo ni que adaptar su comportamiento *ex novo* a tal ordenamiento jurídico y porque desconoce los demás Derechos extranjeros. Lo más frecuente es que, aunque el Derecho alemán sea más ventajoso para el cónyuge español que el Derecho español, dicho cónyuge prefiera que su divorcio quede sujeto al Derecho español¹⁵². Ello es así porque la investigación del Derecho alemán y la adaptación a dicha Ley le comporta unos costes conflictuales tan elevados que no le compensa¹⁵³. Una perspectiva de *Behavioral Law and Economics* explica este fenómeno: según indica P. MANKOWSKI, la psicología de los contratantes constituye un elemento muy importante que permite comprender por qué se ha elegido una Ley u otra como marco legal de un contrato internacional¹⁵⁴. Por eso, aunque parezca paradójico, y como ha indicado J. CARRASCOSA GONZALEZ, el cónyuge español con residencia habitual en España preferirá elegir el Derecho español a su divorcio antes que el Derecho lituano, aunque éste fuera, objetivamente, más favorable a sus intereses¹⁵⁵.

¹⁴⁷ H. MUIR WATT, “Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2018, t. 389, pp. 1-410.

¹⁴⁸ Z. BAUMAN, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Polity, 2007, pp. 33-36.

¹⁴⁹ F. PIETRANGELI, «Clausola di individuazione della legge applicabile», en M. CONFORTINI, *Clausole negoziali (Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche)* UTET, 2017, pp. 1054-1129.

¹⁵⁰ A. HELLGARDT, «Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie», *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 654-696.

¹⁵¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho.Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ.País Vasco, pp. 88-154.

¹⁵² R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung)? Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 377-386.

¹⁵³ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46; L.F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis (La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)”, en AA.VV. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 11-41.

¹⁵⁴ P. MANKOWSKI, „Art. 3 RR-I“, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

¹⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, esp pp. 122-129; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *RCDIP*, 2012, pp. 521-538.

59. Por todas estas razones que orbitan en torno a la idea de competencia entre ordenamientos jurídicos y elección del Derecho más eficiente, el punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” es un punto de conexión “no ciego” a los resultados materiales. En efecto, los cónyuges tienen en cuenta el “contenido sustancial” del Derecho aplicable elegido y lo eligen porque su contenido sustancial les conviene, ya que les genera “costes conflictuales” reducidos. Ello produce una “libre competencia entre las leyes estatales” que favorece los intereses de las partes al ampliar su posibilidad de escoger el producto jurídico mejor para sus intereses¹⁵⁶.

d) Superación del debate nacionalidad vs. domicilio

60. En cuarto término, la elección de ley permite superar el tradicional enfrentamiento entre los principios de la “nacionalidad” y “domicilio” como criterios para determinar la Ley aplicable al divorcio. En los casos internacionales de divorcio, destaca H. GAUDEMET-TALLON, no es sencillo determinar qué Estado presenta una vinculación objetiva más estrecha con la situación¹⁵⁷. Algunos Estados han seguido tradicionalmente el criterio de la Ley nacional (Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Grecia, Alemania, Finlandia, Suecia, Japón, Rusia, Taiwán, etc.), defendido con energía por numerosos expertos, pero criticado con no menos fuerza por otros especialistas, que lo tildan de ligamen meramente formal. Otros Estados han seguido el criterio del «domicilio» (países anglosajones, Suiza, Québec, Dinamarca, Islandia, Noruega, Brasil, Venezuela, etc.). Un tercer grupo de Estados adoptan, parcialmente, el criterio de la «residencia habitual». Finalmente, un último conjunto de Estados determinan la Ley aplicable al divorcio a través del criterio de la religión del sujeto. Así, en ciertos los países musulmanes, el sujeto musulmán se rige por una normativa legal inspirada en el Islam, y el sujeto no creyente se rige por otra normativa diferente. Por otra parte, los problemas crecen cuando los cónyuges ostentan nacionalidades de Estados distintos y/o residen habitualmente o tienen sus respectivos domicilios en países diferentes. En definitiva, la historia del Derecho internacional privado y un análisis de Derecho internacional privado comparado muestran que no existe un criterio definitivo que conduzca de manera indubitada a una Ley cuya aplicación sea la más eficiente para los cónyuges (= Ley del país más estrechamente vinculado, Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges). Pues bien, el criterio de la elección de Ley permite superar con éxito dicho *impasse*, porque se permite que sean los mismos cónyuges los que tomen la decisión y determinen de manera estable la Ley reguladora del divorcio. Así lo destacó el *Institut de droit international* en su Resolución titulada “*The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in Private International Law*”, adoptada en su sesión de El Cairo de 19 septiembre 1987 (Rapporteur: Mr YVON LOUSSOUARN): “.....Whereas the duality of the nationality principle and the domicile principle remains an important problem of private international law; Whereas each of these criteria has its advantages and disadvantages, which makes it inappropriate to advocate the adoption of a rule of conflicts of law based exclusively on either of the two criteria; Whereas it would be useful to formulate principles which could lead to some harmonization of the conflict rules in force in different States; Adopts the following Resolution: [.....] 5. In regard to the effect of marriage on the person, and to divorce and judicial separation, in cases where the State of the nationality is different from the State of the domicile, it is recommended that States allow spouses to select either the law of their nationality or of their domicile when they have a common nationality and a common domicile”. En definitiva, los cónyuges son los mejores jueces de sus propios intereses. Son los sujetos que se hallan mejor posicionados para concretar la Ley cuya aplicación les generará costes menores en la solución de su crisis matrimonial, pues conocen todos los factores y elementos de su situación personal y pueden tener presentes tales elementos para realizar una elección eficiente de la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial. Los cónyuges pueden tener en cuenta factores

¹⁵⁶ M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

¹⁵⁷ H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRS.G.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 91-102.

subjetivos (= preferencias personales, experiencias vitales anteriores), que escaparían a un tribunal a la hora de buscar y encontrar la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el litigio (= Ley del Estado cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges).

e) Potenciación de la ejecución transfronteriza de la sentencia de divorcio.

61. En quinto lugar, la elección de ley permite asegurar una ejecución efectiva de la sentencia de divorcio en el país de origen de los cónyuges. En el caso de que el Estado de origen de los inmigrantes practique un “control de la Ley aplicada al divorcio” en la sentencia extranjera, los cónyuges podrán elegir como Ley reguladora del divorcio, la Ley del país de origen de los mismos, como clarifican F. RIGAUX / M. FALLON¹⁵⁸. De ese modo, por ejemplo, una sentencia española que declara el divorcio entre dos marroquíes mediante la aplicación del Derecho marroquí, elegido por ambos cónyuges, garantiza su reconocimiento y *exequatur* en Marruecos (SAP Barcelona 9 febrero 2012 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁵⁹. El art. 5 RR-III evita, en este sentido, las sentencias claudicantes. Debe recordarse que ciertos Derechos estatales exigen que las sentencias extranjeras de divorcio hayan hecho aplicación de las causas de divorcio recogidas en sus Derechos. Así, el art. 92 del Código Civil de Ecuador precisa que “[e]l matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República”. Igualmente, el art. 128 de la *Moudawwana* marroquí de 3 febrero 2004 indica que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en dicha *Moudawwana* en lo relativo al divorcio y repudio. El caso de Colombia, que exige que la causa de divorcio aplicada por el tribunal español esté contemplada en el Derecho colombiano, debe ser también destacado, como apunta G. MORENO CORDERO¹⁶⁰. Los cónyuges extranjeros con residencia habitual en España e interesados en que su sentencia española de divorcio surta efectos jurídicos en sus países de origen, pueden evitar la aplicación de la Ley española (= Ley de la residencia habitual común de los cónyuges, art. 8.a RR-III) y elegir como Ley reguladora de su divorcio, la Ley del país cuya nacionalidad ostentan. Ello garantiza que la sentencia española de divorcio, que aplicó su Ley nacional común, producirá efectos legales en su país de origen. En tal sentido, el art. 5 RR-III supera el legeforismo militante que padecía el art. 107.2 CC y la ceguera conflictual de este precepto, que constituía una auténtica fábrica de sentencias claudicantes de divorcio en supuestos internacionales.

f) Impulso del libre desarrollo de la personalidad

62. En sexto lugar, la elección de ley, destaca A. YOKARIS, puede operar como un punto de conexión con fundamento constitucional que propicia la multiculturalidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁶¹. La conexión “autonomía de la voluntad conflictual” no fuerza a los cónyuges que son emigrantes en un Estado miembro a proceder a su obligatoria integración en el medio social y jurídico del país de acogida (= no los somete, necesariamente a las Leyes del Estado receptor en materia de divorcio). Pero tampoco les obliga a seguir vinculados imperativamente al medio social y jurídico de su país de origen (= no les condena a la inflexible e imperativa aplicación de las Leyes sobre divorcio de su país de origen). El resultado de la norma de conflicto recogida en el art. 5 RR-III es, en expresión debida a J.-Y. CARLIER, una sociedad social y jurídicamente multicultural de individuos libres, y por lo tanto,

¹⁵⁸ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

¹⁵⁹ SAP Barcelona 9 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100146].

¹⁶⁰ G. MORENO CORDERO, «La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del reglamento «Roma III»», *REEL*, 2015.

¹⁶¹ A. YOKARIS, «Le droit international face au défi de la diversité culturelle», *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704.

una sociedad más rica desde un punto de vista cultural y social¹⁶². En tal sentido, como ha indicado J. SCHACHERREITER, el art. 5 RR-III comporta una saludable ruptura y superación del etnocentrismo que, con demasiada frecuencia, ha desarrollado el Derecho internacional privado occidental¹⁶³.

g) Incentivo a los divorcios de mutuo acuerdo

63. En séptimo, lugar puede afirmarse también que la elección de ley facilita los divorcios de mutuo acuerdo. Y todo litigio sin enfrentamiento es positivo, pues resulta eficiente no gastar recursos en lograr la paz procesal. Este punto de conexión resulta muy útil en los casos de “divorcios de mutuo acuerdo”. En estos casos, los cónyuges han alcanzado ya un entendimiento material determinado (= están de acuerdo sobre los términos fundamentales de la ruptura legal de su matrimonio). Si se les permite elegir la Ley estatal que haga posible la validez de dicho acuerdo material, el divorcio / separación judicial se llevará a cabo de manera más rápida y sencilla.

C) Novedad del punto de conexión

64. La admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en materia de divorcio / separación judicial constituye una relevante novedad en el Reglamento Roma III, pues hasta ese momento este punto de conexión sólo era empleado por algunos Estados miembros para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (Alemania, Holanda, etc.). El empuje de este punto de conexión en una materia como el divorcio / separación judicial, reafirma que los puntos de conexión deben fijarse con el objetivo de proteger y potenciar, primordialmente, los intereses de los sujetos particulares implicados y no la soberanía de los Estados conectados con el supuesto (Sent. Trib. Pordenone, Italia, 14 octubre 2014 [elección de la Ley de Pennsylvania como Ley del divorcio]; Sentencia Trib. Treviso, Italia, 18 diciembre 2012 [elección de la Ley mejicana por los cónyuges])¹⁶⁴.

D) Autonomía de la voluntad conflictual “limitada” y principio de la “elección informada de la Ley aplicable”

65. En los casos internacionales, el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley estatal elegida por los cónyuges siempre que dicho acuerdo de elección de Ley respete los requisitos y posibilidades recogidos en los arts. 5-7 RR-III. Ello significa que la autonomía de la voluntad conflictual está sujeta a la Ley y que debe ejercitarse dentro de los límites que ésta marca. Dicha autonomía no es un criterio supra legal de designación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. El hecho de que los cónyuges tengan que sujetar la elección de la Ley aplicable a una serie de requisitos materiales y formales contemplados por el Reglamento Roma III obedece a la idea de que el cumplimiento de dichos requisitos garantiza que los cónyuges conocen exactamente las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial (principio de la “elección informada” de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial) (Cons. (17) (18) y (19) RR-III). Como es natural, debe quedar claro que los cónyuges han querido elegir una ley estatal concreta para regular su divorcio y no para regular otras cuestiones. Así, la STS 20 diciembre 2016 [capitulaciones matrimoniales y cónyuges antes franceses y posteriormente españoles] indica que el pacto entre los cónyuges en favor de un régi-

¹⁶² J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

¹⁶³ J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

¹⁶⁴ Sent. Trib. Pordenone (Italia) 14 octubre 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1011-1017; Sentencia Trib. Treviso, Italia, 18 diciembre 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1016-1017.

men de separación de bienes no es una elección de la ley del divorcio y por tanto no puede surtir efecto alguno en el contexto del Reglamento Roma III¹⁶⁵.

66. Los requisitos materiales y formales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial permiten garantizar que los cónyuges son conscientes, con un elevado grado de exactitud, de las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. A tal efecto, debe recordarse lo siguiente: 1º) El Cons. (18) RR-III subraya que “[l]a elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento”, pues resulta “importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable”; 2º) El Cons. (17) RR-III precisa que “[a]ntes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE”. De este modo, los cónyuges y/o sus asesores legales, e incluso los jueces, notarios y otras autoridades públicas competentes, pueden indicar a los cónyuges dónde encontrar el contenido material de la Ley elegida o susceptible de elección, así como las consecuencias legales y sociales de la elección de una concreta Ley estatal. En el marco de la Decisión 2001/470/CE, que crea la Red Judicial Europea, la Comisión ha asumido la labor de presentar una información actualizada sobre ciertos extremos del Derecho de cada Estado miembro; 3º) Podría ser que uno de los cónyuges o ambos eligieran una Ley estatal que perjudicara su posición legal y/o social. Para evitar una elección de Ley en tal sentido que traicionara las expectativas de los cónyuges, debe quedar de modo meridianamente claro cuál es la exacta voluntad de los cónyuges. Ésa es la razón de que se exija dicha elección cumpla con los estrictos requisitos de validez material y formal. Sólo de ese modo se garantiza una “elección informada de los cónyuges” (Cons. (17) RR-III); 4º) Resulta conveniente que, en su caso, la autoridad ante la que se redacta el pacto de elección de Ley informe a los cónyuges del dato de que dicha elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, aún cuando se ajuste a las exigencias legales contenidas en el Reglamento Roma III, sólo será legalmente eficaz si el proceso de divorcio / separación judicial se lleva a cabo ante un tribunal o autoridad de un Estado miembro participante en dicho Reglamento y no, necesariamente, en caso contrario (= pues los efectos legales que tal acuerdo puede surgir ante los tribunales de cualquier otro Estado dependen del Derecho de este Estado), como ha expuesto P. HAMMJE¹⁶⁶.

E) Eficacia espacialmente limitada de la elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial

67. La elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, aún cuando se ajuste a las exigencias legales contenidas en el Reglamento Roma III sólo surte efectos jurídicos si se invoca ante un tribunal o autoridad de un Estado miembro participante en dicho Reglamento. Como precisa P. HAMMJE, los efectos legales que tal acuerdo puede surgir ante los tribunales de cualquier otro Estado dependen del Derecho de este Estado. Los cónyuges deben ser conscientes de esta poderosa limitación de la eficacia legal de su elección de Ley¹⁶⁷.

¹⁶⁵ STS 20 diciembre 2016 [ECLI: ES:TS:2016:5524] [CENDOJ: 28079110012016100704].

¹⁶⁶ P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

¹⁶⁷ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

F) Irrelevancia de los motivos de elección de la Ley aplicable

68. Resulta totalmente indiferente para el Reglamento Roma III los motivos que hayan llevado a los cónyuges a elegir una u otra ley aplicable al divorcio o separación judicial. Así lo ha enfatizado la jurisprudencia italiana (sentencia Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia y no inscrito en el Registro civil italiano]; sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses])¹⁶⁸. Esta jurisprudencia ha sido prolífica en la aplicación del art. 5 RR-III, como bien ha destacado F. FALCONI¹⁶⁹.

G) Autonomía conflictual de los cónyuges

69. Los cónyuges pueden elegir cualquiera de las Leyes estatales que aparecen en el art. 5 RR-III con total libertad. El orden en el que aparecen recogidas en el art. 5 RR-III no significa que los cónyuges deban elegir una concreta Ley estatal u otra. Los cónyuges son plenamente libres de elegir la Ley estatal que tengan por conveniente entre las que se recogen en el precepto, pues tales Leyes no se presentan ordenadas de modo jerárquico en el art. 5 RR-III.

70. Como es natural, los cónyuges no están obligados en modo alguno a elegir una de estas Leyes estatales para regular su divorcio / separación legal. El art. 5.1 RR-III indica que los cónyuges “podrán” convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Si los cónyuges no eligen tal Ley aplicable, ésta se fijará con arreglo al art. 8 RR-III.

71. Los cónyuges disponen de la posibilidad de llevar a cabo una “elección conflictual de la Ley aplicable”. Por lo tanto, no pueden elegir como aplicables las normas jurídicas de un Estado que estén vigentes en un momento concreto. No pueden “congelar” el contenido de la Ley estatal elegida en un concreto momento.

72. El hecho de que los cónyuges puedan elegir la Ley del país cuya nacionalidad ostenta cualquiera de ellos sintoniza perfectamente con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y por razón de sexo, como ha enfatizado H. RÖSLER¹⁷⁰. La voluntad de cada cónyuge posee el mismo valor, de modo que los cónyuges pueden elegir la Ley nacional del marido o de la esposa. Por ello, según ha puesto de relieve P. FRANZINA, el hecho de que los cónyuges hayan elegido la Ley nacional del marido o la Ley nacional de la esposa, no supone ninguna discriminación por razón de sexo o de nacionalidad¹⁷¹.

H) La autonomía de la voluntad conflictual y el divorcio internacional en los Estados miembros antes del Reglamento Roma III

73. Antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III, sólo algunos Estados miembros admitían la elección de la Ley aplicable al divorcio por los cónyuges. Era el caso de Alemania (art. 14 EGBGB), Países Bajos (art. 1. Ley de 25 marzo 1981), y Bélgica (art. 55 Ley de 16 julio 2004 que contie-

¹⁶⁸ Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833; sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2017, p. 755.

¹⁶⁹ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

¹⁷⁰ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RebelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

¹⁷¹ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

ne el Código de Derecho internacional privado). Ahora bien, cada uno de estos Estados miembros acogía la elección de la Ley reguladora del divorcio en términos distintos, con alcance diverso y para casos diferentes, precisa I. PERIN TOMICIC¹⁷². A pesar de lo que ciertos autores han afirmado, en España, el art. 107.2 CC no admite la elección de la Ley aplicable al divorcio por los cónyuges, como ha subrayado la doctrina (B. CAMPUZANO DÍAZ, M. GONZALO QUIROGA, R. ARENAS GARCÍA)¹⁷³. El resto de los Estados miembros no recogían esta posibilidad y los puntos de conexión retenidos en sus sistemas nacionales de Derecho internacional privado eran objetivos, sin que la voluntad de los cónyuges pueda alterar la determinación de la Ley aplicable al divorcio. En otros terceros Estados, aunque no se admite de modo directo la elección por los cónyuges de la Ley reguladora del divorcio, en la práctica los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio mediante un “turismo divorcista” que opera sobre la ecuación “*Forum Shopping + exequatur* = elección de la Ley aplicable al divorcio”, como ha destacado abundante doctrina desde hace años¹⁷⁴. Este fenómeno también ha sido frecuente en ciertos Estados miembros, España incluida. La deslocalización conflictual del divorcio se aprecia con claridad meridiana en los Estados Unidos de América. Ejemplo: En ciertos States, los cónyuges adquieren un domicilio a través de unas pocas semanas de residencia en un State. En Nevada se adquiere el domicilio tras seis semanas de residencia. Unos cónyuges neoyorkinos pueden trasladarse a Nevada y obtener allí una sentencia de divorcio dictada en aplicación de la Ley sustantiva de Nevada. Dicha sentencia se reconocerá en cualquier otro State de los Estados Unidos gracias a la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución norteamericana. En la práctica, los cónyuges residentes en Nueva York se han divorciado con arreglo a la Ley de Nevada ante los tribunales de dicho State, y han regresado con su sentencia de divorcio a Nueva York. Es, realmente, como si hubieran elegido la Ley de Nevada como Ley aplicable a su divorcio, explica L.-J. SILBERMAN, a través de una autonomía de la voluntad “oculta” pero permitida por el Derecho internacional privado¹⁷⁵. Así las cosas, admitir directamente la elección por los cónyuges de la Ley aplicable al divorcio y eliminar la ecuación “*Forum Shopping + exequatur* = elección de la Ley aplicable al divorcio”, permite eliminar estos “divorcios viajeros”, que, además, beneficiaba a los cónyuges más ricos, únicos que se podían permitir el turismo divorcista, según puso de relieve sagazmente A.E. VON OVERBECK¹⁷⁶.

2. Requisitos de fondo de la elección de Ley

A) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges

74. Los cónyuges pueden elegir la Ley estatal aplicable a su divorcio / separación judicial. Ahora bien, sólo pueden elegir una de las Leyes estatales que se relacionan en el art. 5.1 RR-III, que son las siguientes.

- 1º) La Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio o pacto de elección de Ley.

¹⁷² I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

¹⁷³ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc.”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; M. GONZALO QUIROGA, “Las crisis matrimoniales en el DIPr. español: novedades en la legislación”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 943-956; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Univ. Santiago Compostela, 2004; Id., “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *Revista española de Derecho internacional*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225.

¹⁷⁴ G. GABRIELLI, «Problemi in tema si socioglimento del matrimonio a causa del divorcio ottenuto all'estero da coniuge straniero», *Studi in onore di M. Udina*, vol. II, Milán, 1975, pp. 1013-1042; J. BASEDOW, “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 470-494.

¹⁷⁵ L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, *82 Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016.

¹⁷⁶ A.E. VON OVERBECK, «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636.

- 2º) La Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio o pacto de elección de Ley.
- 3º) La Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o pacto de elección de Ley. En los casos de múltiple nacionalidad de los cónyuges, se aplicará la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto para determinar la nacionalidad preferente de dicho cónyuge (Cons. [22] RR-III)¹⁷⁷. Se trata, como bien expresa S. DE VIDO, de una “solución nacional” a la cuestión de la múltiple nacionalidad y no de una solución europea, que habría sido, sin duda, una solución más segura¹⁷⁸. Para España, deben aplicarse los falsos convenios internacionales de doble nacionalidad firmados por España con repúblicas sudamericanas y en su defecto, el art. 9.9.II CC. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como Ley “nacional” del cónyuge. Aparte queda el caso, aislado, por desgracia, de la doble nacionalidad hispano francesa. El Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021 es el único convenio de verdadera doble nacionalidad en vigor para España¹⁷⁹. En efecto, con arreglo al art. 1 de dicho convenio “*los españoles podrán adquirir la nacionalidad francesa y los franceses podrán adquirir la nacionalidad española, conservando su anterior nacionalidad, española o francesa respectivamente, siempre que cumplan los requisitos que determine la legislación del Estado cuya nacionalidad adquieran*”. Ello significa que las personas que ostenten ambas nacionalidades las poseen al mismo tiempo de modo pleno ante las autoridades españolas. El sujeto puede invocar su nacionalidad española o francesa según desee o prefiera. Ahroa bien, a efectos de las situaciones de Derecho internacional privado, el art. 9.9 CC indica que deberá prevalecer la nacionalidad española del cónyuge hispano francés. Hubiera sido deseable, por el contrario, que un cónyuge hispano francés pudiera elegir, junto a su cónyuge, la Ley española o la Ley francesa porque ambas son la Ley nacional de uno de los cónyuges.
- 4º) La Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto de divorcio / separación judicial (Ley del foro).

75. Las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su divorcio / separación judicial se congelan en el tiempo para evitar problemas de “conflicto móvil”. En tal sentido, se trata de permitir que los cónyuges puedan elegir la Ley de un Estado que, en el momento de la elección del Derecho aplicable, presente un vínculo objetivo con los cónyuges (= situación matrimonial internacional). Ello se aprecia en relación con las tres primeras Leyes que pueden elegir los cónyuges (= Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio). Por otro lado, se permite en cualquier momento la elección de la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto de divorcio / separación judicial (Ley del foro), aunque por definición ello sólo podrá tener lugar en el momento en el que ya se haya interpuesto la demanda de divorcio / separación judicial. De este modo, la Ley elegida no cambiará aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual.

- 1º) La cristalización de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley aplicable comporta el riesgo de que los cónyuges elijan la Ley de un país exótico o del país de celebración del matrimonio o la Ley de un país que ya no tiene

¹⁷⁷ Considerando 22 Reglamento Roma III: “*En los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea*”.

¹⁷⁸ S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012-II, pp. 222-232.

¹⁷⁹ Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021 (BOE núm. 75 de 29 marzo 2022).

ningún vínculo con el divorcio / separación judicial, especialmente si la elección de Ley se llevó a cabo mucho antes del proceso judicial.

- 2º) La cristalización de la residencia habitual y de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley presenta la desventaja de que, en caso de desacuerdo posterior entre los cónyuges, y especialmente, si uno de ellos no accede al cambio de la Ley elegida, se llega a una situación en la que uno de los cónyuges puede mantener al otro bajo la aplicación forzada de la Ley antes elegida. Este supuesto puede ser frecuente en el supuesto de esposos cuyos divorcios son similares a una guerra personal sin cuartel.
- 3º) Por otro lado, los cónyuges no pueden elegir como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, la Ley de un país en el que todavía no tienen su residencia habitual o del que todavía no ostentan su nacionalidad (= Ley de la “posible residencia habitual futura”, Ley de la “posible nacionalidad futura”). Ello crearía incertezas legales y vulneraría, así, el principio, clave en el Reglamento Roma III, de la elección informada de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial.
- 4º) Los cónyuges pueden elegir la Ley del foro para regular su divorcio. En tal sentido, pueden elegir la Ley de cualquier Estado cuyos tribunales sean competentes, en el momento en el que se inicia el proceso, para pronunciar el divorcio, lo que, apunta J. BASEDOW, constituía una práctica muy extendida mucho antes del Reglamento Roma III¹⁸⁰.

76. A primera vista, puede sorprender que el legislador haya limitado las Leyes que los cónyuges pueden elegir para regular su divorcio / separación judicial. Diversas consideraciones resultan precisas al respecto.

Primera. La intención del legislador de la UE ha sido limitar la posibilidad de elección de Ley a las que presentan una conexión objetiva clara y razonable con la situación matrimonial (Cons. (16) RR-III: “*Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro*”). Entre tales Leyes no figura la Ley del país de celebración del matrimonio porque el legislador de la UE entiende, de modo implícito, que con frecuencia los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país extravagante por motivos puramente caprichosos o por mero placer o diversión, un país sin conexión sustancial con la situación matrimonial. Al limitar las posibles Leyes estatales que pueden elegir los cónyuges, el legislador de la UE evita, *a contrario sensu*, la elección de “Leyes exóticas” en materia de divorcio (*vid.* Propuesta de Reglamento (COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 4, y “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio” (Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, pp. 7-8). La intención del legislador es saludable, ya que trata de evitar que los cónyuges puedan elegir, por capricho o por la razón que sea, una Ley cuya aplicación al caso les pudiera generar costes conflictuales elevados y que, por ello, dificultaría y encarecería la resolución del litigio de divorcio / separación judicial al hacerlo más costoso tanto para las partes como para los profesionales de la Justicia. Aparte de esta explicación (= centrada en evitar elecciones “caprichosas” o “frívolas” de la Ley aplicable), esta limitación carece, realmente, de sentido. Por varias razones. Primero, porque los mismos cónyuges no tendrán interés en elegir Leyes estatales “exóticas” que les perjudiquen. Y segundo, porque, en casos extremos, puede evitarse fácilmente la aplicación de dichas Leyes exóticas si ello provoca una vulneración del orden público internacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Debe recordarse que el art. 3.1 Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales] permite que los contratantes elijan la Ley estatal que tengan por conveniente para regular su contrato, incluso si pudiera tratarse de la Ley de un Estado que no presenta una “vinculación objetiva” con el contrato o de una “legislación exótica”. En igual sentido se pronuncia el art. 14 Reg. Roma II 864/2007 de 11 julio 2007 [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]. Los cónyuges son los mejores jueces de sus propios intereses, y será muy extraño que los cónyuges eligieran como Derecho regulador de su divorcio / separación judicial una Ley estatal “exótica” que les perjudique en la regulación del mismo. Ello demuestra

¹⁸⁰ J. BASEDOW, “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 470-494.

que la limitación a una “rosa cerrada” de posibles Leyes estatales elegibles por los cónyuges no resulta fácil de explicar ni de justificar. El legislador de la UE tomó esta “idea limitativa de la elección de Ley”, del Derecho internacional privado belga, si bien la misma se encuentra formulada de un modo distinto en el art. 55.2 Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado. Por ello, no se comprende bien por qué el Reglamento Roma III no permite, por ejemplo, que los cónyuges que han residido habitualmente en un Estado A, pero que residen habitualmente ahora en otros dos Estados distintos B y C, no puedan elegir la Ley del Estado B o del Estado C.

Segunda. Por otro lado, un análisis crítico del art. 5 RR-III pone de manifiesto que el legislador opera con tres únicos criterios que determinan las Leyes que los cónyuges pueden elegir: la nacionalidad de los esposos, la residencia habitual de los mismos y el país cuyos tribunales conocen del asunto. Ahora bien, ciertos aspectos deben destacarse: 1º) En el caso de esposos de nacionalidad diferente, puede elegirse como Ley aplicable la Ley del Estado que corresponde a cualquiera de las nacionalidades de los cónyuges. Esta opción se explica por la intención voluntad del legislador de la UE de potenciar las posibilidades de elección de Ley de los esposos de nacionalidad diferente (P. HAMMJE). En el caso de esposos que ostentan diversas nacionalidades, el Cons. (22) RR-III indica que debe prevalecer una sola nacionalidad y que ésta será la que determinen las normas relativas a los conflictos de nacionalidades del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto; 2º) Por el contrario, en el caso de esposos con residencia habitual en diferentes Estados, éstos no pueden elegir la Ley del Estado en el que uno de ellos reside habitualmente. Sólo cabe elegir la Ley del país de la residencia habitual si ambos cónyuges residen en ese mismo país (P. HAMMJE). No es preciso, en este caso, que los cónyuges residan o vivan juntos y tampoco que habiten en la misma zona, región o ciudad. Sólo se exige que tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento de la elección; 3º) La posibilidad de elegir la *Lex Materialis Fori* potenciará, con frecuencia, la aplicación de la Ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges, vistos los criterios de competencia judicial internacional retenidos por el Reglamento Bruselas II-ter.

Tercera. El legislador permite elegir la Ley nacional de cualquiera de los cónyuges en el momento de la elección de Ley. Ello comporta la necesidad de determinar la nacionalidad de los cónyuges y suscita ciertas cuestiones complejas en los casos de cónyuges que ostentan múltiple nacionalidad. Con arreglo al Cons. (22) RR-III, en estos casos, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto determinará la nacionalidad prevalente, pero los criterios empleados a tal efecto deben respetar “*plenamente los principios generales de la Unión Europea*”. Por ello, no podrá hacerse prevalecer la nacionalidad de un cónyuge por la única y simple razón de que es la nacionalidad del Estado del foro (= nacionalidad del país cuyos tribunales conocen del asunto, *vid.* art. 19.2 Ley Derecho internacional privado Italia 31 mayo 1995, art. 9.9.II CC, preceptos que privilegian la nacionalidad del foro). En efecto, como ha denunciado P. FRANZINA, tales criterios vulneran el art. 18 TFUE pues incurren en una discriminación por razón de la nacionalidad¹⁸¹. Así en el caso de un divorcio entre cónyuges italo-marroquí él e italiana ella, un juez italiano podría afirmar que la nacionalidad prevalente del marido es la italiana con arreglo al art. 19.2 legge 218/1995 (= “[s]e la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale”). Si el juez italiano opera de ese modo, los cónyuges no podrán elegir la Ley marroquí para regir su divorcio, pues se estimaría que ningún cónyuge ostenta nacionalidad marroquí. El divorcio quedaría sujeto necesariamente a la Ley italiana, ley del país donde ambos tienen su residencia habitual. La cuestión no es baladí, pues en Derecho italiano, tradicionalmente, como señala C. RICCI, el divorcio ha exigido una sentencia de previa separación y es causal, mientras que en Derecho marroquí cabe por mero mutuo disenso y sin previa separación judicial¹⁸². En este caso, la Sent. Tribunale di Firenze 15 junio 2015 decidió aceptar la elección del Derecho marroquí efectuada por los cónyuges sin hacerse demasiadas preguntas sobre el art. 19.2 legge 218/1995¹⁸³.

¹⁸¹ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹⁸² C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUÍZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431.

¹⁸³ http://www.movimentoforense.it/media/files/Sentenza_Trib_Firenze_2115_2015.pdf.

Cuarta. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como Ley nacional del mismo.

Quinta. En el caso de cónyuges con estatuto de refugiados, se ha indicado que la nacionalidad ostentada es meramente formal y que por tanto, estos sujetos deberían poder elegir la Ley de su domicilio o residencia habitual (art. 12.1 Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951). Sin embargo, esta afirmación resulta discutible. En efecto, el Reglamento Roma III no se refiere a la “Ley personal” sino a la Ley “nacional”. No permite a los cónyuges elegir la Ley personal de cualquiera de ellos, sino la Ley “nacional” de cualquiera de ellos, lo que es sustancialmente diferente. Cabe concluir, pues, que los refugiados pueden elegir su Ley nacional pero no la Ley que regula su estatuto personal *ex art.* 12.1 Convención de 28 julio 1951).

77. Los cónyuges son libres de elegir la Ley estatal que tengan por conveniente dentro de la “rosa de Leyes” que les ofrece el art. 5.1 RR-III. Ahora bien, existe un límite intrínseco (= límite que afecta a la “calidad sustancial” de la Ley estatal elegida). En efecto, como indica el Cons. (16) *in fine* RR-III, “[l]a ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Esta previsión cumple dos funciones, bien destacadas por O. LOPES PEGNA¹⁸⁴.

Por un lado, constituye un mero “anuncio anticipado” de la calidad sustancial que debe presentar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. En efecto, se trata de una previsión que se contiene, exclusivamente, en un Considerando del Reglamento Roma III y no en el texto articulado del Reglamento Roma III. El legislador “anuncia” en el Cons. (16) RR-III que el derecho subjetivo de los cónyuges para elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial no es omnímodo, pues se exige que la Ley estatal elegida cumpla con un nivel intrínseco de calidad material. Dicho nivel es el marcado por el Cons. (16) RR-III, con arreglo al cual los tribunales de los Estados miembros participantes no aplicarán una Ley elegida por los cónyuges que no respete los “derechos fundamentales europeos”. Una vez aclarado cuál es dicho nivel, los mecanismos técnicos para asegurarlo los desarrollan los arts. 10 (= doble cláusula de rechazo de la Ley extranjera) y 12 RR-III (= orden público internacional).

Por otro lado, aunque el orden público internacionales es, realmente, un mecanismo técnico jurídico de carácter nacional (= cada Estado miembro participante dispone de su propio concepto “nacional” de orden público internacional), el citado Cons. (16) RR-III trata de unificar el núcleo duro de dicho concepto. De ese modo, todos los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III disponen de un “núcleo duro común” del concepto de orden público internacional en el marco de dicho Reglamento. Es el “círculo interior europeo” del orden público internacional de cada Estado miembro participante (= un conjunto de principios comunes que forman parte del orden público internacional de cada Estado miembro participante). Al concretar el concepto de orden público internacional, se refuerza la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo.

B) Incorporación por referencia de las causas del divorcio en un pacto matrimonial

78. El art. 5 RR-III no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, las causas de su divorcio / separación judicial. Ahora bien, el precepto indica claramente que el divorcio / separación judicial se rige por la Ley de un Estado y no por los acuerdos privados a los que hayan llegado los cónyuges y que la elección de Ley debe ser realizada “por escrito”. De estas premisas es posible deducir lo que sigue: 1º) El art. 5 RR-III no prohíbe los pactos que procedan a incorporar por referencia el contenido de una Ley estatal al texto de un acuerdo interpartes. Tampoco prohíbe que los cónyuges establezcan sus propias causas de divorcio elaboradas por los mismos al margen de cualquier Ley estatal. Ahora bien, será la Ley estatal elegida por las partes o, en su defecto, la Ley estatal que rige el divorcio con arreglo al art. 8 RR-III la que indique si tales

¹⁸⁴ O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, pp. 126-139.

pactos materiales acordados por las partes son o no son válidos y si producen efectos legales y hasta qué punto; 2º) El art. 5 RR-III exige que la elección de Ley sea por escrito, pero no que sea “expresa”. Por tanto, puede darse el caso de que una incorporación por referencia de las causas de divorcio / separación judicial recogidas en una concreta Ley estatal pueda ser interpretada como una auténtica elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. De ese modo, si se observa que los cónyuges han copiado en su pacto prenupcial las causas de divorcio propias del Derecho inglés puede afirmarse que han querido elegir la Ley inglesa como Ley reguladora de su divorcio.

C) Elección de Ley por los “cónyuges”

79. La Ley aplicable al divorcio / separación judicial debe ser elegida por los cónyuges y sólo por los cónyuges. Ello comporta diversas consecuencias: (a) La Ley aplicable al divorcio / separación judicial no puede ser elegida por sujetos distintos a los cónyuges, tales como los padres de éstos, familiares de los mismos, sus abogados, etc.; (b) Los cónyuges pueden elegir la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial cualquiera que sea su nacionalidad y/o país de residencia habitual; (c) La elección de la Ley aplicable es un acto personalísimo e indelegable de los cónyuges. Por tanto, la Ley reguladora del divorcio / separación judicial no puede elegirse a través de un representante legal elegido por el cónyuge.

80. El Reglamento otorga la posibilidad de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial a los “cónyuges” y exclusivamente a ellos. Esta afirmación exige aclarar ciertos extremos: (a) En ciertos preceptos del Reglamento se refiere a la posibilidad de los “cónyuges” para elegir la Ley aplicable. Así se expresa, de manera emblemática, el comienzo del art. 5.1 RR-III (= “*Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: [...]*”), así como el art. 5.3 RR-III (= “*Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable [...]*”), y los Considerandos (14) (= “*Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable...*”), (16) (= “*Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial ...*”), (17) (= “*Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada...*”), (18) (= “*La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable*”), (19) (= “*Procede definir normas relativas a la validez material y formal para facilitar la elección informada de los cónyuges [...]*”)

81. En otros casos, el Reglamento se refiere a la posibilidad de las “partes” para elegir el Derecho aplicable. Así se observa en la rúbrica del art. 8 RR-III (= “*Artículo 8. Ley aplicable a falta de elección por las partes*”), en el art. 9 RR-III (= “*1. En caso de conversión de la separación judicial en divorcio, la ley aplicable al divorcio será la que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5. | 2. No obstante, si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5*”), en el art. 14 RR-III (= “*toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes [...]*”) en el Cons. (15) RR-III: “[...]el presente Reglamento debe reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación”), (19) (= “[...] Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito y estar fechado y firmado por ambas partes [...]”), (28) (= “[...] es importante que las partes que elijan la ley del Estado de nacionalidad de una de ellas [...]”), (23) (= “*Si se recurre a un órgano jurisdiccional para convertir una separación judicial en divorcio y las partes no han elegido la ley aplicable [...] Esta continuidad supondría una mayor previsibilidad para las partes [...] Si la ley que se ha aplicado a la separación judicial no prevé que esta pueda convertirse en divorcio, es conveniente que el divorcio se rija por las normas sobre conflicto de leyes que sean aplicables a falta de elección*”)

de las partes [...]”; (c) No obstante, debe afirmarse que el Reglamento Roma III utiliza de manera indistinta la expresión “cónyuges” y el término “partes”, porque, en la inmensa mayoría de los litigios de divorcio / separación judicial, los cónyuges son también “partes” en un procedimiento judicial (= partes procesales, y con frecuencia serán “demandante” y “demandado”). Pero ello no debe suscitar ninguna duda: son los cónyuges los únicos habilitados por el Reglamento para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, sean o no partes en un procedimiento judicial con arreglo a la *Lex Fori*. Y, en todo caso, otras “partes” que pudieran ser tales en dichos procedimientos judiciales (= como podría suceder con el Ministerio Fiscal en determinados ordenamientos jurídicos), no disponen del derecho subjetivo de elegir la Ley reguladora del divorcio / separación judicial *ex* Reglamento Roma III.

82. El texto legal no se pronuncia sobre la posibilidad de admitir que los cónyuges otorguen un poder legal a un tercero, como un abogado u otro representante legal, de modo que éste pueda elegir, en su nombre, la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. El silencio del Reglamento Roma III al respecto podría ser un elemento a favor de la admisión de esta eventualidad, pues no se prohíbe expresamente. En tal caso, la Ley reguladora de la representación debe ser fijada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En consecuencia, si se impugna la validez de la elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial realizada por un “presunto representante de un cónyuge”, deberá aplicarse la Ley designada por el art. 10.11 CC para determinar si la representación era posible, si existió y cuáles son, en su caso, sus efectos legales. No obstante, también es posible defender la tesis contraria, según la cuál, el Reglamento prohíbe de modo implícito la representación a la hora de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. Esta segunda interpretación se basa en que la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es un acto jurídico personalísimo de los cónyuges, un acto, por tanto, completamente indelegable en el que no cabe otorgar poderes de representación a otros individuos. La importancia jurídica de la elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial y el hecho de que tal elección va a producir efectos legales sobre las personas de los cónyuges, explicarían el carácter personalísimo de la elección de Ley. Apoya esta tesis la letra del art. 7 RR-III, que alude a que el acuerdo de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial deberá ser firmado “*por ambos cónyuges*”. Esta exigencia parece traslucir la voluntad de legislador de exigir una participación personal e indelegable de los cónyuges en la expresión de su voluntad de elección de la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial.

D) Elección de una Ley única

83. Los cónyuges pueden elegir sólo una Ley estatal para regular su divorcio / separación judicial y no varias Leyes. Las causas o motivos del divorcio / separación judicial se toman sólo de esa única Ley estatal elegida, en su caso, por los cónyuges (Cons. (10.II) RR-III). En relación con esta cuestión, deben distinguirse varios aspectos diferentes.

a) Negación del *dépeçage*

84. El art. 5 RR-III no prevé la posibilidad de elegir diversas Leyes estatales para regular diversos aspectos del divorcio / separación judicial (= *Splitting, dépeçage, cherry-picking*). Por tanto, la Ley reguladora del divorcio / separación judicial debe ser una sola Ley estatal. Efectivamente, el texto del art. 5 RR-III es claro, pues se expresa en número singular. Así se indica que los cónyuges podrán convenir en designar “*la ley*” (= expresada en singular y no en plural) aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea “*una de las siguientes leyes...*” (art. 5.1 RR-III), tal y como indica P. HAMMJE¹⁸⁵.

¹⁸⁵ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338. También F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla

Por otro lado, el legislador de la UE podría haber seguido la senda del art. 3.1 Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], que admite de modo explícito la posibilidad de los contratantes de elegir varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato, pero, conscientemente, no lo hizo así. Esta exigencia de elección de una única Ley es adecuada. Elegir “varias Leyes estatales” para regular diversos aspectos del mismo divorcio / separación judicial carece, realmente, de sentido. La Ley aplicable al divorcio / separación judicial regula las causas de divorcio / separación judicial (Cons. (10.II) RR-III), de modo que tales causas deben extraerse exclusivamente de una sola Ley estatal. El art. 5 RR-III no permite tomar unas causas de divorcio de una Ley estatal y otras causas de divorcio de otra Ley estatal distinta. La razón de esta prohibición radica en que, a diferencia de lo que sucede en relación con los contratos internacionales (art. 3.1 Reg. Roma I), el divorcio / separación judicial no puede ser dividido en “partes separables y autónomas” susceptibles de ser reguladas por Leyes estatales distintas. Por otra parte, es claro que, en el caso de familias con elementos extranjeros, la existencia de una Ley única para regular las relaciones entre sus miembros facilita la resolución de conflictos jurídicos, como argumenta L. WALKER¹⁸⁶.

b) Negación de la elección cumulativa de varias Leyes aplicables

85. Por otro lado, el art. 5 RR-III tampoco permite elegir dos o más Leyes estatales de aplicación cumulativa al mismo divorcio / separación judicial, de modo que las causas de divorcio / separación judicial se puedan tomar tanto de las recogidas en la Ley del Estado A, como de las contempladas por la Ley del Estado B. De nuevo, el art. 5 RR-III se expresa siempre en número singular y no ofrece espacio para esta posibilidad. En el supuesto de que los cónyuges hubieran elegido dos o más Leyes estatales aplicables al divorcio / separación judicial, debe entenderse que el acuerdo de elección de Ley no cumple con las exigencias contenidas en el art. 5 RR-III. En consecuencia, la elección cumulativa de Ley aplicable carecerá de efectos jurídicos, y el divorcio / separación judicial se registrará por la Ley designada por el art. 8 RR-III (= Ley aplicable al divorcio / separación judicial en defecto de elección de Ley por los cónyuges). La razón de esta prohibición radica en que la elección de una sola Ley facilita la identificación del Derecho aplicable, disminuye los costes conflictuales al tener que probar una sola Ley aplicable y proporciona una mayor claridad jurídica tanto a los cónyuges como al tribunal que debe dictar, en su caso, la sentencia de divorcio / separación judicial. A primera vista, podría pensarse que los cónyuges pueden tener dos tipos de intereses para elegir dos o más Leyes aplicables a su divorcio / separación judicial. Primero: aumentar el elenco de causas de divorcio / separación judicial. Sin embargo, este objetivo puede conseguirse fácilmente mediante la elección consecutiva y no simultánea de la Ley del divorcio. En efecto, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial y si, llegado el momento del divorcio / separación judicial la Ley aplicable antes elegida no proporciona una concreta causa o motivo de divorcio / separación judicial, pueden perfectamente elegir otra Ley aplicable distinta que sí contenga la causa de divorcio / separación judicial que permita dicho divorcio o separación judicial en el caso concreto (art. 5.2 y 3 RR-III). Segundo: incrementar la validez extraterritorial de la sentencia de divorcio / separación judicial en otros países. En efecto, se podría pensar que si existen dos o más Leyes estatales aplicables al divorcio / separación judicial, la sentencia de divorcio / separación judicial dictada en un Estado miembro participante incrementa sus posibilidades de producir efectos legales en los países cuyas Leyes se han designado como aplicables por los cónyuges. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamento. El divorcio / separación judicial se dictará sobre un concreto motivo o causa de divorcio / separación judicial y si tal motivo o causa de divorcio / separación judicial no está contemplada en el Derecho del Estado donde pretende hacerse valer la sentencia, las posibilidades de que ésta vulnere el orden público internacional de ese Estado, son

separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580, esp. 574.

¹⁸⁶ WALKER, “Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU”, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261.

elevadas. El hecho de que los cónyuges hayan elegido varias Leyes estatales aplicables a su divorcio / separación judicial no incrementa, por lo tanto, las posibilidades de que la sentencia surta efectos legales en más países. Por esta razón, el legislador de la UE rechazó la posibilidad de una elección cumulativa de Leyes aplicables al divorcio / separación judicial.

c) Elección de una Ley sustantiva estatal

86. La elección, por los cónyuges, de una Ley reguladora del divorcio / separación judicial se realiza, siempre, en favor de la Ley material elegida, sin tener en cuenta las normas de “conflicto de leyes” de dicho ordenamiento jurídico (art. 11 RR-III). Como muestra F. FALCONI, el precepto no deja ningún resquicio al respecto¹⁸⁷.

d) Elección de la Ley de un Estado

87. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su divorcio / separación judicial. Pero debe ser, necesariamente, la Ley de un “Estado”. Los cónyuges carecen del derecho a elegir normativas no estatales para regular el divorcio / separación judicial, como pueden ser normativas o reglas de tipo “exclusivamente religioso”: la *Shari'a*, el Derecho canónico de la Iglesia católica, etc. La Ley elegida puede ser la Ley de un Estado miembro o de un tercer Estado (Cons. (12) RR-III). Con K. SIEHR, puede afirmarse sin dudar que los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado o también la Ley de una unidad territorial o la Ley de una comunidad social con un Derecho propio (Cons. (28) RR-III)¹⁸⁸. Por ejemplo: los cónyuges pueden elegir la Ley del State de California o la Ley inglesa o las normas que en Líbano resultan aplicables a los sujetos de religión cristiana (Sent. Trib. Pordenone, Italia, 14 octubre 2014 [elección válida de la Ley de Pennsylvania como Ley del divorcio])¹⁸⁹. También pueden los cónyuges elegir, en abstracto, la Ley de su nacionalidad o de la nacionalidad de uno de ellos sin especificar el Derecho de la unidad territorial o comunidad social concreta que desean que sea aplique al divorcio / separación judicial. En tal caso, se aplicarán los criterios recogidos en el art. 14 RR-III para individualizar la Ley concreta aplicable.

88. El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 sólo remite a Leyes “estatales” para regular el divorcio / separación judicial. No remite, en ningún caso, a una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*). Esta opción de política jurídica aparece justificada por motivos solventes que F. SEATZU / J. CARRASCOSA han puesto de relieve¹⁹⁰: 1º) El divorcio / separación judicial es una institución civil que surte efectos en el orden jurídico estatal civil. En consecuencia, parece lógico que la sentencia de divorcio / separación judicial deba ser dictada sobre un fundamento jurídico civil y no religioso; 2º) La *Lex Religiosa* presenta un conjunto de fuentes de producción normativa realmente complejo y heterogéneo. La designación, por ejemplo, del “Derecho islámico” para regular el divorcio / separación judicial, podría comportar problemas de precisión del contenido real de dicha *Lex Religiosa*. El Derecho islámico, precisa R. DE MEO, no se contiene en un código o cuerpo legal determinado, sino que su contenido es variable vistas las distintas y muy diferentes «escuelas» existentes que cultivan el Derecho islámico¹⁹¹; 3º) El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 respeta la posibilidad de los cónyuges de recurrir a procedimientos de tipo religioso de disolución del matrimonio desarrollados ante autoridades religiosas (= procesos extra-

¹⁸⁷ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580, esp. p. 570.

¹⁸⁸ K. SIEHR, «‘Schnell gefreit, hat oft bereut’: internationale Zuständigkeit und Wahl des anwendbaren Rechts für die Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe (zu Tribunale di Pordenone, 14.10.2014, X gegen Y)», *IPRax*, 37, 4, 2017, pp. 411-414.

¹⁸⁹ Sent. Trib. Pordenone (Italia) 14 octubre 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1011-101.

¹⁹⁰ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”, *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

¹⁹¹ R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287.

civiles / procesos extraestatales de disolución del matrimonio o relajación del vínculo matrimonial). Las decisiones dictadas por tales autoridades privadas surtirán, en los distintos Estados miembros de la UE, los efectos jurídicos que establezca el Derecho de cada uno de tales Estados; 4º) La Ley designada por las normas de conflicto debe ser, ciertamente, la Ley de un Estado. Ahora bien, pese a los temores de discriminación anti-religiosa manifestados por autores como C. NARDOCCI y S. TONOLO, nada obsta para la aplicación de la Ley de un Estado que se halle inspirada en principios o normas religiosas en materia de divorcio / separación judicial y que sea designada como aplicable por el Reglamento Roma III¹⁹². Tampoco es óbice a la aplicación de la Ley de un concreto Estado el hecho de que dicha Ley civil extranjera admita los efectos civiles de normativas religiosas ni el hecho de que una normativa religiosa se encuentre incorporada plenamente al Derecho del Estado (= Derecho canónico, normas de la *Shari'a* musulmana, etc.). Queda a salvo la intervención del orden público internacional del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (art. 12 RR-III) y la aplicación de la *Lex Fori* en el caso de que una eventual Ley estatal aplicable inspirada en principios religiosos «no contemple el divorcio» (art. 10 *in primis* RR-III) o «no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial» (art. 10 *in fine* RR-III). Dicho lo anterior, debe dejarse claro que no puede afirmarse, de ningún modo, que las normas de conflicto del Reglamento Roma III sean «hostiles» a las Leyes estatales inspiradas en principios, valores o normas de tipo religioso por la sola circunstancia de que la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial sea una Ley inspirada en tales principios, valores o normas religiosas (*vid.* Cons. (30) RR-III). Sin embargo, y con razón, U.P. GRUBER ha puesto de relieve que el art. 10 RR-III «*der Geschlechterdiskriminierung behandelt, könnte zudem zu einem starren Ausschluss islamischen Rechts führen*», esto es que el citado precepto podría conducir a una rígida exclusión de las leyes de Estados islámicos¹⁹³.

E) Consentimiento de los cónyuges

a) La elección de Ley como negocio jurídico. El art. 6 RR-III

89. Para que la elección de Ley sea válida y eficaz y el divorcio / separación judicial queden regulados por la Ley elegida por los cónyuges, debe acreditarse de modo fehaciente que éstos han dado su consentimiento en elegir dicha Ley. El art. 6 RR-III establece que la existencia del acuerdo de voluntades entre los cónyuges a la hora de elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, así como la cuestión de saber si el consentimiento de los cónyuges es válido o presenta algún vicio del mismo que lo invalide, son cuestiones que se rigen por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges.

90. Indica el art. 6.2 RR-III que, no obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la Ley sustantiva del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el art. 6.1 RR-III. Esta previsión legal se aplica tanto a la “existencia” del consentimiento como a sus posibles “vicios” en los casos de silencio de uno de los cónyuges. Ello significa que cada parte está “protegida” por la Ley del país de su residencia habitual y si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento del cónyuges en la elección de una concreta Ley reguladora del divorcio / separación judicial, será indiferente lo que establezca la “Ley presuntamente elegida” por los cónyuges *ex art.* 6.1 RR-III. Ello es relevante en casos de silencio del cónyuge. Si la Ley del país de la residencia habitual de uno de los cónyuges considera que el silencio de éste no equivale a su aceptación, así será, con in-

¹⁹² C. NARDOCCI, “Equality & Non-discrimination between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Challenges and Perspectives in the Religious Discourse”, University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper No. 18-12, September 2018) (<https://ssrn.com/abstract=3301171>); S. TONOLO, “Regole religiose, conflitti di leggi e diritti fondamentali”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 349-370.

¹⁹³ U.P. GRUBER, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung”, *IPRax*, 2012-V, pp. 381-391.

dependencia de lo que al respeto establezca la Ley presuntamente elegida *ex art.* 6.1 RR-III, que bien puede ser otra Ley con arreglo a la cual, el silencio equivale a la aceptación del cónyuge en la elección de Ley. El cónyuge que desee podrá invocar este art. 6.2 RR-III, que no parece que pueda ser aplicado de oficio por el juez. Se suscitará un incidente de especial pronunciamiento (art. 390 LEC) a resolver mediante auto judicial.

91. El acuerdo entre los cónyuges en relación con la Ley que debe regir su divorcio / separación judicial constituye, en realidad, un “contrato en sí mismo” (= *pactum de lege utenda*). El objeto de dicho contrato es, precisamente, la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. El art. 6 RR-III arranca de dicha “concepción contractual” del acuerdo de elección de Ley (*pactum de lege utenda*). A partir de ahí, y con una fórmula extraída del art. 3.5 Reg. Roma I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], el art. 6 RR-III establece el régimen jurídico de dicho acuerdo en el siguiente sentido.

- 1º) *Ley reguladora de la existencia de un acuerdo entre los cónyuges en cuanto a la elección de ley aplicable.* El art. 6.1 RR-III viene a indicar, con una desafortunada redacción, confusa e imprecisa, que la cuestión de saber si existe un auténtico “acuerdo de voluntades” entre los cónyuges en torno a la Ley que debe regir su divorcio / separación judicial, se rige por la Ley presuntamente elegida por tales sujetos. Dicha Ley sustantiva bien puede regular específicamente la cuestión de la formación de los pactos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial o bien puede regularla de modo genérico, mediante una mera aplicación de las normas generales aplicables a la formación de los contratos, que será lo más frecuente. En definitiva, dicha Ley sustantiva establecerá si las declaraciones de voluntad de cada cónyuge en cuanto a la Ley que rige el divorcio / separación judicial constituyen un “acuerdo” y no una mera suma de voluntades unilaterales no recepticias que no constituyen ni forman un acuerdo o pacto entre los mismos en torno a la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La Ley presuntamente elegida decide si existe un “acuerdo” entre los cónyuges al efecto. En todo caso, parece claro que la presentación de la demanda de divorcio con arreglo a un concreto Derecho estatal y la contestación a la misma sobre la base de ese mismo Derecho supone ya la “existencia” de un acuerdo de elección en favor de dicha Ley¹⁹⁴.
- 2º) *Ley reguladora de validez del consentimiento de los cónyuges en cuanto a la elección de ley aplicable.* El art. 6.1 RR-III, del mismo modo, precisa que la cuestión de saber si el consentimiento expresado por las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es un consentimiento válido no afectado por los llamados “vicios del consentimiento”, se rige por la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges. De dicho modo, esta Ley determinará si concurren dichos vicios del consentimiento en la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, tales como error, dolo, violencia, intimidación, etc. Dicha Ley también regulará los efectos jurídicos, en su caso, de la presencia de tales vicios: nulidad del acuerdo, anulabilidad del mismo, etc.
- 3º) *La Ley presuntamente elegida por los cónyuges.* La remisión que el art. 6 RR-III realiza en favor de la “Ley que los cónyuges, presuntamente, han elegido (= “*Putative Law Of The Contract*”, Ley presuntamente elegida por los cónyuges) para regular estas cuestiones puede parecer extraña. Sin embargo, no es así, pues dicha Ley constituye el Derecho cuya aplicación a la existencia y validez del acuerdo de elección de Ley resulta más previsible para los cónyuges (= la Ley cuya aplicación les comportará los costes conflictuales más reducidos).
- 4º) *Art. 6 RR-III y condiciones de forma del pacto de elección de Ley.* El art. 6 RR-III deja meridianamente claro que la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges regula la “validez material” del acuerdo de elección de Ley entre los cónyuges. Dicha

¹⁹⁴ FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580.

Ley estatal no rige las exigencias formales de validez de dicho pacto. Los requisitos de forma del pacto de elección de Ley están contenidos directamente en el Reglamento Roma III (art. 7 RR-III), de modo que, a salvo lo dispuesto por la Ley del Estado miembro participante (art. 7.2-4 RR-III), no es posible exigir ninguna otra exigencia legal de forma a dicho pacto extraída de la legislación estatal concreta elegida por los cónyuges para regular su divorcio / separación judicial. En este punto, el art. 7 RR-III se separa, con inmejorable criterio, del art. 10 RR-I. Este precepto exige que los pactos de elección de Ley reguladora de los contratos internacionales respeten las exigencias formales contenidas en la Ley que rige la forma del contrato (art. 11 Reg. Roma I). Esta exigencia comporta una sobrecarga de exigencias formales que recaen de modo innecesario sobre el pacto de elección de Ley que, incluso, pueden entrar en contradicción con las exigencias formales ya recogidas en el mismo Reglamento Roma I. Además, no resulta frecuente que las Leyes nacionales exijan requisitos de forma sobre los pactos de elección de Ley. Por todo ello, el legislador de la UE ha hecho muy bien en no requerir que los acuerdos de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial deban ajustarse a los requisitos de forma exigidos por la Ley elegida por los cónyuges.

- 5º) *Art. 6 R-III y Ley aplicable a las condiciones de capacidad para elegir la Ley aplicable al pacto de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial.* El art. 1.2.a RR-III excluye del mismo Reglamento “*la capacidad jurídica de las personas físicas*”. Se trata de una exclusión genérica. Ello significa que las normas de conflicto del Reglamento Roma III no se aplican a ninguna cuestión de capacidad relacionada con el divorcio / separación judicial. Por ello, la capacidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, es una cuestión que se rige por la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En España, esta cuestión se somete a la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC). La Ley nacional de cada cónyuge deberá establecer si el matrimonio otorga una plena o una cierta capacidad de obrar, o si produce, de derecho, la emancipación, como sucede en el caso español (art. 316 CC), o por el contrario, no la produce. Una Ley extranjera que no atribuya plena capacidad de obrar al cónyuge menor de edad no debe considerarse contraria al orden público internacional español. Para que el pacto de elección de Ley resulte válido, ambos cónyuges deben disponer de capacidad para realizar válidamente dicha elección a tenor de sus respectivas leyes nacionales. El art. 10.8 CC no es aplicable a los pactos de elección de Ley, pues dicho precepto exige, para su propia aplicación, que se trate de “*contratos onerosos celebrados en España*” y los pactos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial no pueden considerarse “*contratos “onerosos”*”.

b) Elección de una Ley que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley aplicable al divorcio

92. La posibilidad de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial se atribuye a los cónyuges por el mismo Reglamento Roma III (= es un derecho subjetivo *ex* Reglamento Roma III, *ex* Derecho de la UE). Por ello, resulta irrelevante que la Ley estatal elegida por los cónyuges les impida elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial.

c) Elección de una Ley estatal que impide o prohíbe el divorcio / separación judicial

93. Los arts. 5-7 RR-III no exigen para la validez de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, que dicha Ley estatal elegida por los cónyuges permita el divorcio / separación judicial en el caso concreto. En consecuencia, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal que restringe, prohíbe o incluso impide el divorcio / separación judicial entre ellos. Sin embargo, en relación con estos casos, el Reglamento ha previsto dos soluciones.

En primer término, el art. 10 RR-III indica que “*cuando la ley aplicable con arreglo a los arts. 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro*”. Este precepto podrá permitir, en esos dos casos, que se dicte una sentencia de divorcio o de separación judicial. No obstante, si la Ley elegida por los cónyuges contempla el divorcio / separación judicial pero lo hace complicado, difícil o imposible en el caso concreto, y concede a ambos cónyuges la iniciativa e igualdad en el acceso al divorcio, el art. 10 RR-III no resulta aplicable y la Ley elegida por los cónyuges se aplicará aunque impida el divorcio / separación judicial *in casu*.

En segundo término, el art. 12 RR-III afirma que puede excluirse la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Visto que el orden público internacional es una noción “nacional” (= su contenido y aplicación depende de cada Estado), puede resultar que la Ley elegida que impide, prohíba o dificulte el divorcio / separación judicial sea contraria al orden público internacional de un Estado concreto, pero no al orden público internacional de otro Estado miembro participante en el Reglamento.

De todos modos, si el juez competente acredita que la elección de la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial no fue una “elección informada” de ambos cónyuges, dicha elección no surtirá ningún efecto legal. Así es, porque aunque la Ley estatal presuntamente elegida regule la existencia de un vicio del consentimiento y su régimen jurídico, la consecuencia de la presencia de tal vicio es fijada directamente por el Reglamento Roma III, pues “[l]a elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento”, dice el Cons. (18) RR-III. De tal modo, si la elección de Ley no constituye una “elección informada”, no es válida a efectos del Reglamento, pues debe recordarse que el Reglamento Roma III es un “Reglamento de la UE” y por tanto, es “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados”. El principio de elección informada se contiene en el Cons. (18) RR-III y las normas del Reglamento desarrollan tal principio jurídico.

d) Elección informada de la Ley aplicable al divorcio

94. Los cónyuges deben ser plenamente conscientes de que están eligiendo una concreta Ley estatal para regular su divorcio y deben ser también plenamente conscientes de lo que ello comporta y significa. Tres supuestos distintos deben distinguirse.

En primer lugar, cuando un cónyuge elige una Ley cuando cree estar eligiendo otra Ley constituye una elección no informada de Ley aplicable. Así, elegir, por error, la Ley sueca en vez de la Ley suiza pone de relieve que la elección no ha sido una “elección informada” de la misma.

En segundo lugar, elegir una Ley cuyo contenido se desconoce es también una elección no informada de la Ley aplicable y no es válida. En este sentido, muy interesante resulta la sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses]¹⁹⁵. En la misma, el tribunal deja claro que ambos cónyuges eligieron conscientemente la Ley de su país, albania, porque les permitía acceder directamente al divorcio sin pasar por la separación, tal y como establecía, en dicho momento el Derecho italiano, que es el Derecho del país de la residencia habitual común de los cónyuges. Eligieron, pues, la ley albanesa porque sabían que dicha Ley les resultaba más conveniente a sus intereses, como muy agudamente explica F. FALCONI¹⁹⁶.

En tercer lugar, no elegir una Ley concreta porque los cónyuges no saben que disponen o disponían de dicha opción, implica que el tribunal debe ofrecerles, dentro de los márgenes de su Derecho procesal, la posibilidad de que realicen dicha elección de Ley aplicable a su divorcio. Así, en el caso de la ordenanza de 11 diciembre 2012, el Tribunale di Milano, los cónyuges litigaron por divorcio ambos con arreglo a la Ley ecuatoriana porque que creyeron, como error, que el Reglamento Roma III no era

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2017, p. 755.

¹⁹⁶ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

aplicable. Pensaron, otro error, que se aplicaban las normas italianas de Derecho internacional privado, en concreto el art. 31.1 *legge* 218/95, que conducía, inexorablemente, a la Ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la demanda¹⁹⁷. El tribunal les concedió un plazo para que decidieran si deseaban elegir otra Ley como Derecho regulador de su divorcio.

3. Requisitos de forma de la elección de Ley

95. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su divorcio / separación judicial, pero para que dicha elección resulte válida, no sólo debe ajustarse a los requisitos materiales recogidos en los arts. 5 y 6 RR-III, sino que además debe realizarse en una forma determinada (art. 7 RR-III). Se trata de requisitos de forma *ad solemnitatem*, de modo que si no concurren en el caso específico, dicho acuerdo será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos. Los requisitos formales son de dos tipos.

96. Estas exigencias de forma tienen como objetivo, en primer lugar, facilitar la prueba de la existencia del acuerdo ante el tribunal. En segundo lugar, permiten revestir de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, ya que las consecuencias jurídicas de dicha elección son muy relevantes y los cónyuges deben ser conscientes de ello y estar perfectamente informados de su decisión al respecto (Cons. (17) (18) (19) Reg. RR-III). En tercer lugar, con ello se impide que la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sea consecuencia de una imposición de un cónyuge o de un tercero (= padres, otros miembros de la familia, terceros con ascendencia moral), sobre el otro cónyuge o sobre ambos cónyuges.

A) Requisitos formales mínimos “europeos”: acuerdo por escrito, fechado y firmado

97. El acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio por los cónyuges debe realizarse por escrito, fechado y firmado. El Reglamento Roma III no exige ningún otro requisito formal. Así, precisa P. HAMMJE, no es preciso que la elección de Ley tenga lugar en un documento o instrumento público o ante notario, juez o autoridad similar¹⁹⁸. Tampoco puede exigirse que la elección de Ley se realice por cónyuges que estén presentes en el mismo país o lugar ni que se lleve a cabo en un idioma determinado, ni que la elección sea expresa ni que hayan sido asesorados legalmente por abogados en el acto de elección de Ley. Por tanto, puede elegirse la Ley aplicable de forma implícita, siempre que se lleve a cabo por escrito, el acuerdo esté fechado y aparezca debidamente firmado por los cónyuges. Ejemplo: «*El divorcio se registró por la Ley del país en el que actualmente residen los cónyuges*».

98. Los requisitos formales mínimos del acuerdo de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, esas *exigences de forme minimales*, en palabras de T. VIGNAL, (art. 7.1 y Cons. (19) RR-III), son los que siguen¹⁹⁹.

a) Elección por acuerdo escrito

99. El acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial debe realizarse por escrito. La forma en que aparezca “escrito” el acuerdo es indiferente: puede constar en fax, escrito a mano, escrito por medios mecánicos o electrónicos, etc. No cabe elegir la Ley aplicable de forma me-

¹⁹⁷ Ordenanza Tribunale di Milano (Italia) de 11 diciembre 2012 [cónyuges ecuatorianos], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2013, p. 753. Vid. también el estudio de F. FALCONI citado en la nota inmediatamente anterior.

¹⁹⁸ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹⁹⁹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 309-310.

ramente oral aunque posteriormente exista una “confirmación escrita” del acuerdo expedida por uno de los cónyuges que pone de manifiesto la previa elección oral de la Ley aplicable por los cónyuges. Sí que debe admitirse una elección por escrito pero contenida en documentos diferentes, como la demanda y la contestación a la demanda (sent. Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017 [matrimonio entre ciudadanos rumanos]; sent. Tribunale di Belluno [Italia]) 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia])²⁰⁰. Indica el art. 7.1 *in fine* RR-III que “[s]e considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio”. Esta regla es aplicable a los acuerdos realizados por e-mail o sistemas similares de los que pueda ser posible recabar una prueba fehaciente visible por los cónyuges y por terceros.

100. No produce efectos jurídicos la llamada “elección presunta” de la Ley aplicable al divorcio / separación legal. Es decir, el juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que unos concretos cónyuges hubieran elegido como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial si se hubieran planteado la cuestión de la Ley que debería regir su divorcio / separación judicial. Tampoco resulta relevante la llamada “elección presunta del hombre medio”, esto es, la Ley aplicable que, según el juez, hubiera elegido un “hombre medio” (= “*reasonable man*” / “buen padre de familia”) si se hubiera planteado la cuestión.

101. El art. 5 RR-III exige que la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación legal tenga lugar “*por escrito*” y que recaiga sobre una de las Leyes estatales a las que se refiere dicho precepto. Ahora bien, como ha escrito T. HELMS, no exige que se trate de una elección «expresa»²⁰¹. Por tanto, si la elección de Ley de manifiesta por escrito y recae sobre una de las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges, será válida, aunque se trate de una elección implícita o tácita. Así, por ejemplo, cabe indicar, por escrito, en un contrato matrimonial: «*En caso de divorcio, los cónyuges eligen como Ley aplicable la Ley de su nacionalidad común en la fecha presente*». Igualmente, los cónyuges pueden «copiar» en su contrato o acuerdo matrimonial, las causas de divorcio / separación judicial recogidas en una concreta legislación estatal. Si el juez competente estima que ello manifiesta la voluntad de las partes de sujetar las causas del divorcio / divorcio / separación judicial a una concreta Ley estatal, dicha Ley estatal debe aplicarse *ex art. 5 RR-III*. No obstante, el juez no puede inferir de las «circunstancias del litigio», que las partes han elegido de modo implícito una determinada Ley estatal para regir su divorcio / separación judicial. La elección implícita de la Ley aplicable sólo es posible si la designación de la Ley aplicable se realiza por escrito, está fechada y firmada por los cónyuges y recae en favor de una Ley estatal de las contempladas en el art. 5 RR-III.

b) Elección por acuerdo fechado

102. El acuerdo debe estar fechado. La forma en la que se exprese la fecha es libre, pero la fecha debe constar en el mismo acuerdo, no en un documento separado al mismo. La declaración de voluntad de cada cónyuge puede llevar una fecha diferente.

c) Elección por acuerdo firmado

103. El acuerdo debe aparecer firmado por ambos cónyuges. Cabe emplear la firma manuscrita así como la firma electrónica si la misma permite comprobar la identidad del cónyuge firmante.

²⁰⁰ Sent. Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 618-619; Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833. Sobre la cuestión y con cita de jurisprudencia abundante muy bien explorada, *vid.* F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

²⁰¹ T. HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (OLG Hamm, S. 349)», *IPRax*, 2015-1, pp. 334-336.

B) Requisitos formales adicionales “nacionales”

104. En el caso de que la Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establezca requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos deberán observarse (art. 7.2 RR-III). En el caso de que en la fecha de celebración del acuerdo de elección de Ley, los cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados establezcan requisitos formales diferentes, el acuerdo de elección de Ley será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones (art. 7.3 RR-III). Si, en la fecha de celebración del acuerdo de elección de Ley, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación (art. 7.4 RR-III).

105. Esta mezcla de requisitos europeos y requisitos nacionales no resulta muy afortunada. Complica, según ha explicado P. FRANZINA, la precisión de los concretos requisitos formales exigibles, que pueden cambiar según el caso y según el país de residencia habitual de los cónyuges²⁰². Refleja, en definitiva, que resultó imposible que los Estados miembros particulares en el Reglamento Roma III llegaran a un acuerdo relativo a los requisitos formales uniformes y únicos del acuerdo de elección de Ley.

106. Puede resultar extraña esta remisión en favor de las formalidades exigidas por la “Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual”. La exigencia de observancia de estos requisitos adicionales de forma establecidos en la Ley de un Estado miembro participante se explica porque ciertos Estados miembros participantes disponen de exigencias formales *ad solemnitatem* que deben cumplir los contratos matrimoniales, los pactos matrimoniales o las capitulaciones matrimoniales en las que pueden incluirse estos acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial (Cons. 19 RR-III). El art. 7.2-4 RR-III se refiere, en efecto, a requisitos formales de “*ese tipo de convenio*” (= requisitos formales de los contratos matrimoniales y similares). De ese modo, si el Estado miembro participante del que se trate dispone de exigencias formales para estos contratos matrimoniales y similares, tales requisitos de forma son también aplicables a los acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. Estas exigencias de forma nacionales suplementarias deben observarse tanto en el caso de que el acuerdo de elección de Ley se incluya materialmente en los contratos matrimoniales o similares como en el supuesto de que el acuerdo se haya concluido de manera independiente y separada. La preferencia por la Ley del Estado miembro participante correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges se explica por dos razones: (a) En la mayoría de los casos, los convenios, acuerdos, contratos o pactos matrimoniales se registrarán, tanto en su forma como en su fondo, por la Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, al exigir que la forma del acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial se adapte a las exigencias formales de la Ley de la residencia de los cónyuges, estos acuerdos de elección de Ley no resultan ser menos rigurosos, desde el punto de vista formal, que los contratos, pactos, convenios o capitulaciones matrimoniales; (b) Por otro lado, como se aprecia, la forma solemne de estos acuerdos exigida por la Ley de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III sólo debe observarse en el caso de que los cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual, efectivamente, en un “Estado miembro participante”. Ello se explica, también, por una razón fuertemente vinculada a la soberanía estatal, esto es, al deseo de estos Estados miembros participantes de no “perder el control” de los requisitos de forma de los pactos, contratos o acuerdos matrimoniales que se celebran por personas que residen en su territorio. De ese modo, además, todo tipo de acuerdo matrimonial, incluido el acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial, deberá observar las mismas exigencias formales. Así, los acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial no serán de mejor condición que el resto de acuerdos, pactos o contratos matrimoniales desde el punto de vista de las exigencias de forma. Ello explica también que el Reglamento sea, en este aspecto, totalmente indife-

²⁰² P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

rente a los requisitos de forma adicionales que puedan establecer los Estados no participantes en el mismo (= cuya soberanía legal no se protege en un Reglamento en el que tales Estados no participan). El Derecho español carece de una regulación específica sobre los requisitos formales exigidos a los pactos de elección de Ley. Si el acuerdo de elección de Ley se incorpora al convenio regulador recogido en el art. 90 CC, este precepto no exige requisitos formales particulares o específicos para la validez de tal convenio regulador.

4. Cambio y modificación de la elección de Ley

107. Los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial “*en cualquier momento*” (art. 5.2 RR-III). Esta expresión presenta un alcance muy amplio, de modo que autoriza a los cónyuges para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes o después de la celebración del matrimonio y hasta el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III. No es relevante que el proceso de divorcio / separación judicial sea contencioso o de mutuo acuerdo: el cambio de Ley elegida o la elección tardía de la Ley aplicable es siempre posible.

108. Los cónyuges también pueden designar la ley aplicable a su divorcio / separación judicial en el curso del procedimiento de divorcio / separación judicial siempre que se elija la Ley aplicable “*ante el órgano jurisdiccional*”, siempre que la Ley del foro permita esta elección de Ley durante el proceso y siempre que se registre dicha designación de Ley de conformidad con la ley del foro (art. 5.3 RR-III). Debe profundizarse en las dos hipótesis previstas por el art. 5.2 y 3 R. RR-III.

109. a) Elección de Ley antes del inicio del proceso de divorcio / separación judicial. Los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial “*en cualquier momento*” (art. 5.2 RR-III). De ello se infiere lo siguiente: (a) Puede elegirse la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes o después de la celebración del matrimonio. Debe subrayarse que el art. 5.2 RR-III, que es el inciso que autoriza la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, no se refiere a los “cónyuges”, pues efectivamente, si se elige la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges todavía no son “cónyuges” sino meros “contrayentes”. Si el matrimonio proyectado no se celebra, el acuerdo de elección de la Ley aplicable no habrá surtido efecto legal alguno; (b) Los cónyuges pueden también modificar una elección de Ley estatal ya realizada anteriormente. En tal sentido, pueden cancelar la elección de Ley hecha precedentemente y cambiarla en favor de otra Ley estatal diferente. Pueden, igualmente, derogar completamente dicha elección de Ley, de modo que el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley del Estado al que conducen los puntos de conexión objetivos previstos en el art. 8 y 9 RR-III para designar la ley aplicable al divorcio / separación judicial en defecto de elección de Ley por los cónyuges (art. 5.2 RR-III) (c) Los cónyuges también pueden establecer un cambio automático de Ley aplicable o una derogación de la aplicación de la misma si sobreviene un hecho o evento o una condición o modo, apunta P. FRANZINA²⁰³. Ejemplo: “*La Ley aplicable al divorcio será la Ley marroquí siempre que los esposos profesen la religión islámica en el momento de la interposición de la demanda, y en caso contrario, regirá la Ley del país de la residencia conyugal común*”; (d) El único límite temporal a la posibilidad de elegir la Ley aplicable o de cambiarla o derogarla, es el siguiente: los cónyuges sólo pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial hasta el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III. Hasta dicho instante, los cónyuges disponen del derecho subjetivo a elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial *ex* Reglamento Roma III y de cambiar una elección de Ley realizada previamente. Debe entenderse que el límite temporal se encuentra en el momento en el que se interpone la demanda y no del momento en el que la demanda ha sido admitida. La determinación de cuándo y en qué condiciones se considera

²⁰³ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

“interpuesta” una demanda debe fijarse con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro participante ante cuyos tribunales se haya presentado la solicitud en cuestión. Antes del proceso de divorcio / separación judicial, los cónyuges pueden elegir cualquiera de las Leyes relacionadas en el art. 5 RR-III.

110. b) Elección de Ley durante el proceso de divorcio / separación judicial. A partir del momento en el que se ha interpuesto la demanda, se entra en los dominios del Derecho procesal del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (= excluidas sus normas de conflicto de leyes). Por tanto, cabe elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial sólo y exclusivamente si la *Lex Fori* así lo permite. Es decir, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable a su divorcio / separación judicial en el curso del procedimiento de divorcio / separación judicial si se verifican tres condiciones (art. 5.3 y Cons. (20) RR-III): (a) La elección debe ser intra-procedimental (= debe verificarse “ante el órgano jurisdiccional” y no fuera o al margen de dicho procedimiento, en virtud de un mero acuerdo privado extrajudicial aunque esté pendiente, en ese momento, el proceso de divorcio); (b) Dicha elección sólo surtirá efectos legales “si la ley del foro así lo establece”. Es decir, el Derecho Procesal del Estado cuyos tribunales conocen del asunto debe admitir la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial durante el proceso (= “en el curso del procedimiento”); (c) Si la elección de Ley se produce en el curso del procedimiento, el órgano jurisdiccional que conoce del litigio registrará dicha designación de Ley de conformidad con la Ley del foro. Ello significa que debe quedar constancia expresa de dicha elección de Ley y que ello se debe realizar con arreglo a los procedimientos legales establecidos en la *Lex Fori*. En el caso de que la *Lex Fori* permita la elección de Ley durante el proceso de divorcio / separación judicial pero no contemple la exigencia de un “registro” de la misma, tal registro no será necesario. Durante el proceso de divorcio / separación judicial, si se verifican las tres condiciones anteriores, los cónyuges pueden elegir como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial no sólo la Ley del foro, sino la Ley de cualquier otro Estado en la medida en que ello esté permitido por el art. 5 RR-III.

En el Derecho procesal italiano, el art. 709 CPC permite el pacto sobre la Ley aplicable *intra-processum* e incluso puede sostenerse que obliga al juez italiano a indicar a las partes que pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio y que se manifiesten en tal sentido (Sent. Trib. Milano 11 octubre 2012 [divorcio en Italia ente cónyuges de Ecuador])²⁰⁴.

111. En relación con la elección de la Ley aplicable al divorcio en el Derecho Procesal español, es necesario introducir varias precisiones.

Primero, si el actor presenta su demanda con arreglo a un Derecho estatal y la parte el cónyuge demandado contesta a la misma con arreglo al mismo Derecho estatal, debe entenderse que existe un acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio. Se trata de un acuerdo por escrito, fechado y firmado y por tanto, sustancial y formalmente válido. La jurisprudencia es proclive a ello e incluso lo era cuando resultaba aplicable el art. 107 CC. En Derecho italiano la jurisprudencia es de la misma opinión (Sent. Tribunale di Belluno 13 diciembre 2014 [divorcio entre cónyuges tunecinos])²⁰⁵.

Segundo, los cónyuges pueden pactar la Ley que rige su divorcio / separación judicial en el marco del art. 774.1 LEC, que indica que “[e]n la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio...”.

Tercero, incluso en momentos posteriores a la vista los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. En tal caso, se provoca un incidente de especial pronunciamiento (art. 389 LEC: “Las cuestiones incidentales serán de especial pronunciamiento si exigen que el tribunal decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito” y art. 391 LEC: “Además de los determinados expresamente en la Ley, se considerarán en el caso del anterior las cuestiones incidentales que se refieran: [...] 3.º A cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre

²⁰⁴ Sent. Trib. Milano 11 octubre 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 768-771.

²⁰⁵ Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833.

la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación”. Ciertos expertos, es el caso de P. HAMMJE, opinan que esta elección de la Ley aplicable al divorcio no cabrá en Derecho francés²⁰⁶.

Cuarto, sin embargo, en el Atlas judicial europeo en materia civil consta que España ha declarado, eso sí, sin justificación alguna en precepto alguno, que «según la legislación española, los cónyuges no pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento». En realidad, no se sabe por qué España ha declarado eso.

5. Elección de Leyes subsidiarias, alternativas y flotantes reguladoras del divorcio

A) Elección de Leyes en modo subsidiario

112. El art. 5 RR-III no prohíbe que los cónyuges elijan una Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial como “Ley primera” y que elijan, para el caso de que la primera no pudiera aplicarse por motivos de orden público internacional, falta o imposibilidad de prueba de la Ley aplicable, u otras razones, otra Ley estatal de las recogidas en la relación contenida en el art. 5 RR-III. Ejemplo: “en el caso de divorcio, éste se regirá por la Ley marroquí (Ley nacional común de los esposos) y en caso de imposible aplicación de dicha Ley, se regirá por la Ley española (país de residencia habitual de los cónyuges en el momento del pacto)”, como sugiere certeramente L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA²⁰⁷.

B) Elección de Leyes mediante “cláusulas de reemplazo”

113. No parece admisible que los cónyuges puedan pactar la aplicación de una Ley estatal concreta de aplicación preferente y, para el caso de que dicha Ley no permitiese el divorcio / separación judicial, la aplicación de otra Ley estatal diferente. En este caso, el divorcio se rige por la primera Ley estatal y si dicha Ley dispone que no debe concederse el divorcio, tal resultado se respetará. Aceptar estas “cláusulas de reemplazo” conduciría, en realidad, a una aplicación alternativa de Leyes reguladoras del divorcio o lo que es lo mismo, a la aplicación simultánea de varias Leyes, lo que está prohibido por el art. 5 RR-III, que sólo autoriza la elección de “una Ley estatal” reguladora del divorcio / separación judicial. La seguridad jurídica justifica esta solución.

C) Cláusulas flotantes de elección de Ley

114. Los cónyuges pueden elegir una Ley aplicable al divorcio / separación judicial que resulte operativa si la demanda se interpone ante tribunales de un Estado, y otra Ley aplicable al divorcio / separación judicial que será aplicable en el caso de demanda ante autoridades de otro Estado. En este supuesto, la Ley aplicable será siempre una sola y la cláusula de elección de Ley ofrece suficiente seguridad jurídica a los cónyuges. El art. 5 RR-III, norma principal sobre la determinación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, debe interpretarse de modo amplio, para procurar, en la mayor medida posible, el respeto de los pactos interpartes sobre la cuestión.

6. Elección de Leyes distintas reguladoras del divorcio y de la separación legal

115. Los cónyuges pueden elegir, de modo diferenciado, la Ley aplicable al divorcio y la Ley reguladora de la separación legal. En efecto, pueden designar la Ley Z para regular su posible divorcio

²⁰⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338;

²⁰⁷ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7.

y la Ley W para regir su eventual separación legal, explica P. FRANZINA²⁰⁸. Del mismo modo, pueden señalar la Ley estatal reguladora del divorcio y guardar silencio sobre la Ley reguladora de la separación legal o viceversa, así como designar la misma Ley estatal aplicable al divorcio y a la separación legal.

IV. Conclusiones. La autonomía de la voluntad y la Ley reguladora del divorcio

116. Escribe con extrema brillantez S. CORNELOUP que al regular el divorcio internacional, el Reglamento Roma III no permanece en una zona neutral²⁰⁹. El Reglamento Roma III transporta una visión europea de las relaciones familiares y del divorcio. Esta visión está cargada de valores jurídicos puramente europeos, en expresión de I. PINGIL²¹⁰.

Se trata, en efecto, de un divorcio igualitario, en el que ambos cónyuges eligen la Ley aplicable sobre una misma base jurídica. Un divorcio de fácil acceso y sencillo porque los cónyuges, dentro de ciertos límites, pueden elegir la Ley estatal más adecuada para regular su divorcio.

Es también un divorcio con circulación europea garantizada, porque la sentencia de divorcio dictada en aplicación del Reglamento Roma III se reconoce y ejecuta en los Estados miembros de la Unión Europea. Y es también por eso un divorcio estable, un divorcio que no se desvanece al cruzar la frontera, un divorcio con seguridad jurídica y estabilidad transfronteriza que beneficia a los ciudadanos que viven y trabajan en el espacio europeo de Justicia.

Es un divorcio concebido como un derecho individual, lo que se colige del art. 10 RR-III. Dicho precepto, en efecto, que otorga un derecho individual al divorcio al descartar la aplicación de la Ley estatal que no contemple la institución del divorcio. El art. 10 RR-II también se aplica en el caso de que los cónyuges hayan elegido la Ley aplicable al divorcio. Ello quiere decir que el derecho individual al divorcio prevalece sobre la elección de Ley efectuada por los cónyuges.

En suma, el divorcio europeo es un divorcio igualitario, de fácil acceso y sencillo, un divorcio estable y seguro que circula por toda la Unión Europea y es válido y eficaz en toda la Unión Europea, y es un divorcio convertido en derecho individual. Sobre este concepto europeo de divorcio es posible que pueda llegarse a una cierta armonización del Derecho material de los Estados miembros en relación con el divorcio. Se trata, es evidente, de una elección política adoptada por el legislador europeo. Esta elección política afecta a los cónyuges que se divorcian en la Unión Europea pero también tiene, señala J. WOUTERS, una repercusión general en la sociedad europea, en el interés general²¹¹.

Este divorcio europeo tan neoliberal presenta también algunos aspectos controvertidos. Este divorcio sencillo y veloz puede, en ocasiones, dañar la posición emocional de los hijos comunes menores de edad. Debe tenerse presente que los divorcios suelen implicar disputas relativas a la responsabilidad parental sobre los menores así como sustracciones internacionales de niños. Una reflexión sobre la dimensión colectiva de las relaciones familiares es, así, necesaria.

117. La autonomía de la voluntad conflictual ha alcanzado, apunta F. MAULTZSCH, el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo²¹². Por coherencia estructural del Derecho Privado, la expansión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional privado encaja con la expansión de la autonomía material en amplios sectores del Derecho Privado material de los Estados miembros. Así se puede apreciar en campos como el derecho al nombre de las

²⁰⁸ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *RDI*, 2011-2, pp. 488-496.

²⁰⁹ S. CORNELOUP, *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar Commentaries in Private International Law series, 2020, pp. 11-19.

²¹⁰ I. PINGIL, «Les valeurs dans les traités européens. Consécration, contestations», *Journal du droit international, JCI Clu-net*, 2020, n. 3, pp. 845-896.

²¹¹ 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. 101-102.

²¹² F. MAULTZSCH, «Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?», *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491.

personas físicas, las relaciones jurídicas entre los cónyuges y entre los miembros de las parejas registradas, las sucesiones *mortis causa*, etc. Por tanto, la libre elección de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales constituye la mejor solución jurídica de Derecho internacional privado, la más eficiente, porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite, al mismo tiempo, que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. El necesario estudio del Derecho comparado muestra que existen regulaciones más eficientes para ciertas personas que para otras, observa J. SCHACHERREITER²¹³. Por eso, a partir de la idea magistralmente expuesta por R. CABRILLAC, puede y debe afirmarse que la autonomía de la voluntad conflictual es una clave de bóveda fundamental de la estructura constitucional del Derecho internacional privado europeo²¹⁴. Es el auténtico e imbatido campeón del Derecho internacional privado europeo, escribe P. MANKOWSKI²¹⁵. Los reglamentos europeos de Derecho internacional privado han elevado la autonomía de la voluntad, como expresa T. MARZAL YETANO, a un rango constitucional en la arquitectura del espacio europeo de Justicia²¹⁶. En tal sentido se cumple a profecía de F. GALGANO: el contrato está pasando a ocupar el lugar de la Ley, «*il contratto al posto della legge*», porque también a la hora de precisar la Ley aplicable a un divorcio internacional, el Reglamento Roma III prefiere el contrato (art. 5 RR-III) antes que los criterios objetivos recogidos en la normas jurídica positiva (art. 8 RR-III)²¹⁷.

118. En el mundo de la libre elección de Ley, las Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran, apunta H. GROSSE RUSE-KHAN²¹⁸. Esta visión eficiente, es, como expone P. KINSCH, una aportación positiva del Derecho neoliberal de nuestro tiempo²¹⁹. De ese modo, la elección de Ley aplicable al divorcio constituye la mejor solución para precisar la ley aplicable al mismo y precisamente ello explica que dicho criterio ocupe el puesto más elevado en la pirámide de puntos de conexión del Reglamento Roma III. Un puesto en las alturas desde donde todo se ve con las lentes de la eficiencia en los conflictos de leyes.

²¹³ J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung -- Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

²¹⁴ R. CABRILLAC, “Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?”, *Revue Juridique Thémis*, n. 39, tomo 3, 1994, Québec, pp. 245-269. *Vid.* también, F. RIELÄNDER, “Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 303-333.

²¹⁵ P. MANKOWSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258.

²¹⁶ T. MARZAL YETANO, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *JPIL*, 2010, 1, vol. 6, pp. 155-171.

²¹⁷ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Collana Saggi, 2005, pp. 99-101.

²¹⁸ H. GROSSE RUSE-KHAN, “A conflict-of-laws approach to competing rationalities in international Law. The case of plain packaging between IP, trade, investment and health”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 309-348, también en Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-05, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2204980> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204980>.

²¹⁹ P. KINSCH, “Trois visions de l’avenir d’un droit international privé néolibéral”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.

La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil

The Application of the Foral Successory Law to Foreigners: Back with the Civil Neighborhood

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 27.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI:10.20318/cdt.2022.7183

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática, doctrinalmente nada pacífica, sobre la aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros residentes en España, como consecuencia de la designación de la ley española, a través de las normas contenidas en el Reglamento europeo 650/2012. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español es plurilegislativo de base territorial, se plantea la aplicación del Derecho foral a los extranjeros a través de la solución contemplada en el art. 36 del Reglamento sucesorio. Para ello, se estudiará la RDGSJFP de 20 de enero de 2022 donde se plantea la aplicación del Derecho foral sucesorio gallego a un nacional francés residente en Galicia.

Palabras clave: Sucesiones internacionales, Reglamento (UE) 650/2012, remisión a ordenamientos plurilegislativos, conflictos de leyes internos e internacionales, vecindad civil, Derecho foral y extranjeros.

Abstract: This commentary deals with the problem, doctrinally not at all peaceful, on the application of Foral Inheritance Law to foreigners residing in Spain, as a consequence of the designation of the Spanish law, through the norms contained in the European Regulation 650/2012. Bearing in mind that the Spanish legal system is multi-legislative with a territorial basis, the application of regional law to foreigners is proposed through the solution contemplated in art. 36 of the Inheritance Regulation. For this, the RDGSJFP of January 20, 2022 will be studied, where the application of the Galician Inheritance Law to a French national residing in Galicia is proposed.

Keywords: International succession, Regulations (EU) 650/2012, referral to the law of a plurilegislative State, conflicts of domestic and international laws Civil neighborhood, foral law and foreigners.

Sumario: I. Derecho internacional privado europeo en materia de remisión a ordenamientos plurilegislativos. 1. Cuestiones introductorias. 2 Solución de los “conflictos territoriales de leyes” en el Reglamento sucesorio. II. RDGSJFP 20 enero 2022. 1. Hechos. 2. Problemas jurídicos. A) El pacto sucesorio y su regulación por el Reglamento sucesorio. B) *Professio iuris* y fraccionamiento legislativo. C) La aplicación del Derecho foral gallego a un extranjero residente en Galicia. D) Normas de delimitación unilateral del Derecho foral. 3. “Resumen” de las soluciones propuestas por la DGSJFP. III. Conclusiones.

I. Derecho internacional privado europeo en materia de remisión a ordenamientos plurilegislativos

1. Cuestiones introductorias

1. En DIPr. europeo no se ha elaborado una norma general que resuelva de modo propio el problema de la remisión a sistemas plurilegislativos. Cada Reglamento europeo trata la cuestión de manera independiente y sigue soluciones heterogéneas. En efecto, el DIPr. de la UE no regula esta cuestión y expresamente la deja en manos del Derecho nacional de cada Estado miembro. Por un lado, nos encontramos con Reglamentos que contienen cláusulas de remisión directa. Es el caso del art. 25 Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)¹ y art. 22 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)². Por otro lado, existen Reglamentos que emplean cláusulas de remisión mixta. Es el caso de los arts. 14-15 Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III)³; art. 33 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 matrimoniales⁴; art. 33 Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁵; art. 16 Protocolo de la Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁶ (por remisión del art. 15 Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos)⁷, y arts. 36-37 Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 -en adelante RES-⁸. Estas normas indican que debe aplicarse el Derecho interregional del Estado miembro en cuestión (España en este caso) y sólo en caso de que el Estado miembro carezca de Derecho interregional, se aplicará una solución directa proporcionada por el Reglamento en concreto, lo que no opera en el caso de España, porque España sí cuenta con un sistema legal de Derecho interregional (Capítulo IV Título preliminar del Código Civil).

2. Solución del “conflictos territoriales de leyes” en el Reglamento sucesorio

2. Es una cuestión de gran trascendencia, desde la perspectiva española, dado que el ordenamiento jurídico español es un ordenamiento plurilegislativo de base territorial. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. De este modo, cuando el Derecho español es aplicable, se plantea cuál de los Derechos privados españoles debe aplicarse al fondo del asunto, si el Derecho civil común o alguno de los Derechos Privados autonómicos⁹.

¹ DOUE L 199, de 31 de julio de 2007, p. 40.

² DOUE L 177, de 4 de julio de 2008, p. 6.

³ DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

⁴ DOUE L183, de 8 de julio de 2016, p. 1.

⁵ DOUE L183, de 8 de julio de 2016, p. 30.

⁶ Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, DOUE L 331, de 16 de diciembre de 2009, p. 17.

⁷ DOUE L 7, de 10 de enero de 2009, p.1

⁸ DOUE L 201 de 27 julio 2012, p. 107.

⁹ *Id.*, en general, en relación con la remisión al ordenamiento jurídico español, M.P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, “El art.12.5 Cc. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *RGLJ*, 1978, vol.LXXVII, pp. 61-80; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art.12.5 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 145-147; *Id.*, “Les ordres plurilegislatives dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1994, vol.249, pp. 369-430; C. CAAMIÑA

3. Una característica peculiar del Derecho civil en España es que no existe una única legislación aplicable a todo el Estado. Esto se aprecia, sobre todo, en materia de Derecho de sucesiones. Por ello, en concreto, nos vamos a centrar en la aplicación del Derecho español en el ámbito del Reglamento Sucesorio Europeo. Y, en este sentido, la sucesión se rige por el Derecho español cuando los extranjeros tienen su residencia habitual en España en el momento del fallecimiento (*ex art. 21.1 RES*); con carácter excepcional, cuando resulte claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con España que con el Estado de su residencia habitual (*ex art. 21.2 RES*); cuando su nacionalidad es la española en el momento del fallecimiento o en el momento de la elección, si existe una *professio iuris* (*ex art. 22 RES*); o a través de la figura del reenvío (*ex art. 34 RES*).

4. El art. 36 RES sienta las bases en la solución de los *conflictos territoriales de leyes*, distinguiendo dos supuestos, según que el Estado plurilegislativo en cuestión posea (art. 36.1 RES) o no (art. 36.2 RES) normas jurídicas propias para resolver sus conflictos de leyes internos¹⁰.

5. El art. 36.1 RES plantea los supuestos en los que el conflicto territorial de leyes se puede resolver a través de una cláusula de remisión indirecta. En el caso de que la Ley estatal designada por el Reglamento 650/2012 fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. Esta solución está guiada por una directriz de respeto a la soberanía de cada Estado. La UE no desea interferir en el modo en que cada Estado miembro regula los criterios de aplicación de cada uno de los Derechos privados que coexisten en su seno.

Sin embargo, la solución europea a la cuestión suscita gravísimos problemas en relación con España cuando se trata de extranjeros cuya sucesión *mortis causa* se rige por el Derecho español. De acuerdo con el art. 36.1 RES son aplicables, en estos casos, los arts. 12.5, 16 y 9.8 CC¹¹. Ello conduce a la aplicación del Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante extranjero. Ahora bien, los extranjeros carecen de “vecindad civil” en España. Surgen varias posibilidades para colmar esta laguna¹²:

GONZÁLEZ, “Art. 36”, en A.L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSEL (EDS.), *The UE Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 512-539; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 567-572; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Art.12.5 Cc.”, *Com.Ref.Cc.*, 1977, pp. 637-663; M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 237-262; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 1, 2018, pp. 233-247; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-290; P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013, *indret.com*, pp. 1-27; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La aplicación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, 1993, vol.XLV, pp. 131-148; Id., “Art. 12.5 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 943-973; Id., “Remisión a un sistema plurilegislativo”, *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTROYA MELGAR, Ed. Civitas, Madrid, , 1995, pp. 5782-5783; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

¹⁰ P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 36. Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES / G. PALAO MORENO (DIRS.), *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2015, pp.293-29; P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013, *indret.com*, pp. 1-27.

¹¹ P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, junio 2014, pp. 5-6; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 568-569; M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARA-

- a) aplicar el Derecho civil común, solución carente de todo soporte legal, pues el art. 13.2 CC no está diseñado para estos casos, sino para suplir lagunas materiales de los Derechos privados autonómicos. Además, el Derecho civil común no dispone de ninguna preferencia aplicativa sobre los demás Derechos privados españoles;
- b) aplicar el Derecho de la entidad territorial que presente la “vinculación más estrecha” o una “mayor proximidad”, pues este principio inspira el DIPr. español y el Derecho interregional español;
- c) aplicar el art. 9.10 CC y a través del mismo el Derecho de la entidad territorial donde el causante tenía su residencia habitual, aplicándose por analogía al caso de falta de vecindad civil del causante¹³;
- d) o aplicar por analogía el art. 36.2 RES, que indica que si el Estado cuya Ley rige la sucesión carece de un Derecho interregional, se aplicará “*la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha*”¹⁴.

A pesar de la variedad de soluciones posibles, en Derecho español, a falta de vecindad civil de la persona, que es lo que ocurre en estados casos de ciudadanos extranjeros con residencia habitual en España, se pueden reconducir, fácilmente en mi modesta opinión, a la aplicación del Derecho civil español que corresponde a la residencia habitual del sujeto en un concreto lugar de España.

6. El art. 36.2 RES se refiere a los supuestos en los que los conflictos territoriales de leyes se resuelven a través de una cláusula de remisión directa. A falta de normas internas sobre conflicto de leyes en la *Lex Successionis* que determinen el Derecho interno aplicable, se proponen varias soluciones, según el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto:

- a) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;
- b) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;
- c) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente¹⁵.

7. Una vez fijadas las soluciones propuestas por el Reglamento sucesorio, la aplicación del Derecho interregional español para precisar si se aplica el Derecho Civil común o el Derecho civil au-

BAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 255-257; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

¹³ M.A. CUEVAS DE ALSADORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2018, p. 62

¹⁴ A favor de aplicar esta solución, *vid.*, C. CAAMIÑA GONZÁLEZ, “Art. 36”, en A.L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSEL (EDS.), *The UE Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 512-539; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa. Estudio del Reglamento UE n° 650/2012*, Aranzadi, Navarra, 2026, pp. 750-754; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *Indret*, 2/2013, abril 2013. En contra de aplicar analógicamente el párrafo 2 del art. 36, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, 569-570; M.A. CUEVAS DE ALSADORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2018, pp. 60-63.

¹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 567-573.

tonómico no solventa todos los problemas. En especial, porque el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto y los extranjeros no pueden tener vecindad civil española¹⁶.

8. Pues bien, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP) ha tenido que pronunciarse sobre el problema de la aplicación del Derecho foral sucesorio a extranjeros en varias Resoluciones. Será la última dictada sobre este tema, la Resolución de 20 de enero de 2022¹⁷, la que utilizaré para desgranar los posibles problemas y las potenciales soluciones que se pueden ofrecer al respecto.

II. RDGSJFP 20 enero 2022

1. Hechos

9. La RDGSJFP 20 enero 2022 tiene como objeto un recurso interpuesto por un ciudadano francés, residente en España -concretamente en Galicia- contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Pontevedra número 2, a inscribir una escritura de pacto sucesorio de mejora en el contexto del Reglamento sucesorio¹⁸ -ya citado-.

Mediante escritura autorizada por un notario de Pontevedra, se otorgó por un ciudadano francés un pacto sucesorio de mejora de los comprendidos en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, se consideró que no procedía el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora conforme a la ley gallega, básicamente por dos razones:

- 1º porque, al ser el otorgante francés, no podía considerarse que tenía vecindad civil gallega, al tratarse de una cualidad reservada solo los españoles, y el art. 4 de la Ley de Derecho Civil de Galicia establece que “La sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común” y;
- 2º como no había *professio iuris*, la ley aplicable era la ley española por la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento, *ex art.* 21 RES. Según el registrador, no existe una norma interna de conflicto aplicable al supuesto, en cuanto que la norma del art. 9.8, apartado 2 Cc., rige solo en el ámbito de los conflictos internos, entre distintas unidades territoriales y sin elemento internacional. Tratándose de un causante no español, a cuya sucesión se aplica la ley española, se estará a la normativa que resulte aplicable en la ley de la unidad territorial en que tenga su residencia habitual, o en su defecto la de vínculos más estrechos, según el art. 36.3 RES, que, a falta de norma de conflicto, toma como referencia a la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido un vínculo más estrecho. Pues bien, aunque esta conexión de los vínculos más estrechos remitía al Derecho foral gallego no podía aplicarse, porque la ley gallega, como se ha visto, condiciona la sujeción al derecho civil foral a la vecindad civil. Para la registradora se trataba de un tema de ley aplicable a las cuestiones formales (arts. 27 y 36.3 RES)¹⁹.

¹⁶ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 264.

¹⁷ BOE, núm. 40, de 16 de febrero de 2022, p. 19841.

¹⁸ DOUE L 201 de 27 julio 2012, p. 107.

¹⁹ *Vid.* sobre esta Resolución, el comentario crítico que realiza S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm 1, 2022, pp. 1-34.

2. Problemas jurídicos

10. La confusión y el desorden de las ideas se hace patente en el desarrollo de esta Resolución. A pesar de ello, se intentará seguir el inextricable hilo argumental de ideas, recogido en la Resolución, para poder entresacar sus principales conclusiones, empezando por la conclusión final principal: no se puede aplicar Derecho foral a los extranjeros. Veremos que la DG, en realidad, no aplica Derecho foral al extranjero, no porque considere que el Reglamento sucesorio no pueda remitir a un Derecho foral, a través de las soluciones recogidas en el art. 36 RES respecto a los ordenamientos jurídicos plurilegislativos, como el español, sino porque no cumple la condición subjetiva de la vecindad civil, exigida por el Derecho foral sucesorio. Hay una confusión clara entre ambas cuestiones. Veamos los problemas planteados.

A) El pacto sucesorio y su regulación por el Reglamento sucesorio

11. Primer problema planteado: ¿el pacto sucesorio debe ser regulado por el RES? Según la DGSJFP, a pesar de que, por un lado, el art. 3.1.b) RES recoge un concepto de pacto sucesorio autónomo y uniforme, y que, por otro lado, la exclusión del art.1.2.g) respecto a las liberalidades que quedan excluidas del ámbito de aplicación material del RES, debe interpretarse de forma restrictiva, a la DG le surgen dudas sobre si el pacto sucesorio de mejora del Derecho gallego se encuentra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio²⁰. Se trata de un pacto sucesorio cuya transmisión del bien concreto objeto del pacto es de presente, con el efecto de mejora al hijo, si se dan los requisitos de los arts. 294 a 298 de La ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia.

La STJUE 9 septiembre 2021, UM, C-277-20²¹ nos recuerda que la interpretación del concepto de pacto sucesorio es autónomo, de modo que el Reglamento sucesorio no remite al Derecho de los Estados miembros, sino 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 art. 3 y la finalidad que el Reglamento de sucesiones²². Así, deja claro que si la liberalidad surte efectos después del fallecimiento del *de cuius* está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio²³. Según la DGSJFP “cabe dudar seriamente que pueda dar lugar a pacto de los incluidos en el Reglamento” (FD 9). Aunque con excepciones, la mayoría de la doctrina considera que los pactos de mejora tienen naturaleza sucesoria²⁴. Hay que preguntarse las razones que, sin embargo, después de realizar esta afirmación, le llevan a la DGSJFP a fundamentar todo su hilo argumental en la aplicación, al pacto sucesorio señalado, del Reglamento sucesorio. Es justamente el gran error de la RDGSJFP, pues toda su argumentación se basa en un “coloso con pies de barro”. De ahí la fragilidad y la vulnerabilidad de las conclusiones a las que llega el Centro Directivo.

B) *Professio iuris* y fraccionamiento legislativo

12. Segundo problema: ¿discusión sobre la *professio iuris* y fraccionamiento legislativo? Se hace la pregunta entre interrogantes porque no se sabe muy bien de dónde se saca la DG la posible aplicación de la elección de ley en este supuesto. Justo después de señalar que tiene serias dudas sobre la aplicación del RES al pacto sucesorio litigioso señala: “pudiendo discutirse, además, dado que se refiere a un bien concreto, si la previsión sobre el efecto sucesorio de la mejora supone o no «*professio iuris*», si bien no expresa o tácita (artículo 22 del Reglamento)” (FD 10).

²⁰ *Vid.*, sobre la interpretación del art. 3.1.b) RES en relación con el art. 1.2.g) RES, M. Weller, “Art. 3. Definitions”, en A. L. CALVO CARAVACA /A. DAVÍ /H.-P. MANSEL (Ed.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 114-123, en concreto p. 118.

²¹ ECLI:EU:C:2021:708, FD 29.

²² N. GOÑI URRIZA, “La donación *mortis causa* como pacto sucesorio: comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de, UM, C-277-20”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2022, Vol. 14, Nº 1, pp. 736-744.

²³ ECLI:EU:C:2021:708, FD 32.

²⁴ *Vid.*, en este sentido, N. GOÑI, *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 2020, p. 69

Me surgen dos grandes dudas existenciales: por qué se saca de la chistera la *professio iuris* por el mero hecho de que el pacto sucesorio se refiera “a un bien concreto” y, sobre todo, cómo es posible que la *professio iuris* no sea ni expresa ni tácita. Simplemente de la lectura del art. 22 RES y de su literalidad, queda meridianamente claro que la elección de ley solo puede ser expresa o tácita, nunca puede ser hipotética, que es lo que parece deducirse de las palabras de la DGSJFP. En realidad se hace referencia a la elección de ley anticipada para el caso de que el causante francés, en el momento de realizar el pacto, fuera nacional español en el momento de su fallecimiento, pues la elección de ley está limitada a la ley nacional del causante en el momento de realización del pacto o de su fallecimiento.

En la búsqueda de poner orden en este conjunto de ideas inconexas hay que dejar claro que, en este supuesto, la posible *professio iuris* no tendría ningún sentido, pues el punto de conexión objetivo del art. 21 RES nos lleva a la ley española, como ley de la última residencia habitual del causante, que sería la misma que si obtuviera la nacionalidad española que, por otro lado, es mucho más complicada de conseguir que una simple residencia habitual. No se logra comprender el porqué de intentar justificar la aplicación de la ley española por una posible *professio iuris* cuando la solución no varía.

Citando las palabras de la DGSJFP: “Mas esta elección conduciría a la ley española, nunca a una concreta ley foral, de suerte que obtenida la nacionalidad en un momento posterior por la donante o disponente, las legítimas se ajustarían a la legislación sucesoria interna que correspondiera aplicar, como la gallega, si fuera al obtener la nacionalidad su elección, ya otra, aplicable en tal momento, a cuyo sistema legitimario debería adaptarse”, habría que preguntarse por la verdadera intención de la DGSJFP. ¿Qué ha querido decir la DG? Que no se puede elegir directamente uno de los siete Derechos forales, sino que solo es posible elegir el Derecho español, como ley nacional del causante, es una obviedad, pero poco más se logra descifrar de sus palabras. Sobre todo, se trata de un problema estéril, completamente fuera de lugar en el caso litigioso.

Está claro que lo del “bien concreto” se refiere a un probable fraccionamiento legislativo, de modo que no se podría elegir un ordenamiento para la sucesión de dicho bien y otro distinto para el resto de bienes hereditarios. En este caso, como acabamos de ver, no se produciría tal fraccionamiento porque en ambos supuestos acabamos aplicando el Derecho español. A este inexistente problema se refiere la DGSJFP en sus FD 12 y 13, sin percatarse de su error.

13. Pues bien, por fin la DGSJFP llega a su primera conclusión en el FD 13 y cito textualmente: “En el caso que nos ocupa, el bien se transmite de presente y se realiza una «*professio iuris*» no expresa sobre el bien concreto (se dice en el título que será un legado, en concepto de mejora «ad hoc» y en cuanto tal no responderá el beneficiario de las deudas hereditarias)”. ¿Una *professio iuris* de un bien concreto? De los datos recogidos en la RDGSJFP no puede deducirse en ningún caso que hay una elección de ley. ¿En favor de qué Derecho? ¿El Derecho gallego? Se olvida además la DGSJFP que en relación a los pactos sucesorios se permite la elección de tantas leyes como personas estén obligadas por el pacto, sin que ello suponga un fraccionamiento legislativo.

14. Segunda conclusión a la que llega la DG en su FD 14. Partiendo de esa pretendida *professio iuris* -que, como veremos con posterioridad, la considera en contra del principio de la unidad de ley, principio rector del Reglamento, pero sin entrar a desarrollar más la idea- considera el pacto sucesorio, pendiente de calificación por la registradora, de los contemplados por el Reglamento sucesorio, “si fuera considerado, como hipótesis, un pacto de los incluidos en el Reglamento” -y vuelvo a citar textualmente-

Podrían preguntarse cómo puede considerarse que tal afirmación es una de las conclusiones que se saca de esta RDGSJFP, cuando en realidad en ningún momento la resolución trata el tema de la “calificación” de la naturaleza jurídica del pacto litigioso, lo que conduciría a la aplicación de instrumentos europeos distintos; por ejemplo, en lugar de aplicarse el Reglamento sucesorio podría haber sido de aplicación el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁵. Si tantas dudas le crean a la DG entender que, el pacto sucesorio de mejora del Derecho gallego está dentro del

²⁵ Reglamento(CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177, de 4 de julio de 2008.

concepto de “pacto sucesorio” del art. 3.1.b) RES definido 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”, no se entiende por qué no resuelve este problema, como cuestión previa, antes de entrar en la determinación de la ley aplicable a dicha disposición. Por ejemplo si el negocio se entiende como una simple donación o una mera “liberalidad de bienes determinados”, como dice la RDGSJFP, la ley aplicable la fijaría el Reglamento Roma I sobre ley a obligaciones contractuales. Incluso puede entenderse que también está excluido del Reglamento Roma I, pues bien, en este caso, le corresponde a la DGSJFP determinar su calificación.

C) La aplicación del Derecho foral gallego a un extranjero residente en Galicia

15. Tercer problema planteado: ¿es posible la aplicación del Derecho foral gallego a un extranjero residente en Galicia que no puede tener vecindad civil gallega? Este es el *quid* de la cuestión para la DGSJFP. Intentando poner orden en la cantidad de afirmaciones deslavazadas que se realizan sobre el tema, la DG parte de la siguiente premisa: las normas de conflicto interregionales “no solo se aplican en los conflictos internos... sino también en los *internacionales mixtos*” -el subrayado es nuestro-. Pero, a qué se refiere la DG con la expresión “conflictos internacionales mixtos”. Se trata simplemente de una situación internacional, y aunque puede hacer referencia a que se trata de una suma de supuestos, uno internacional y otro interregional, en realidad no añade nada nuevo y puede llevar a confusión. No existe un conflicto de Derecho interregional sino un conflicto internacional.

Ante todo, si la DG tiene claro que “el presente expediente reproduce el mismo debate de las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo de 2019²⁶ y 10 de agosto de 2020, la primera de ellas revocada, como se ha señalado, por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 1/2021 de 14 de mayo²⁷ que desestimó el recurso contra la SAP de Palma de Mallorca de 30 de diciembre de 2020²⁸ (FD 20)”, ¿por qué sigue empeñada la DG en no aplicar Derecho foral sucesorio a los extranjeros y en mantenerse en un criterio erróneo que ha sido revocado por un TSJ?

16. Volviendo a nuestro hilo argumental, olvidando la inexistente *professio iuris*, la ley aplicable es la ley de la última residencia habitual de los disponentes, *ex arts. 21.1. y 25.1 RES*, esto es, la ley española. La clave está en resolver cuál de las leyes españolas es aplicable. Cuando el ordenamiento jurídico al que las normas de conflicto sucesorias europeas remite es plurilegislativo de base territorial, la solución se encuentra en el art. 36 RES. El artículo 36 RES relativo a los Estados con más de un sistema jurídico –conflictos territoriales de leyes–, en su apartado primero establece que, en el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente, cuyas normas jurídicas regularán la sucesión; señalando el párrafo segundo criterios a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes (FD 21).

17. Y aquí llega la DG a su tercera conclusión (FD 24 y 25): “Se aplica la normativa de la Comunidad Autónoma con legislación foral, directamente. Sin intermediación del Derecho interregional que no puede ser de aplicación en cuanto no ha lugar –en esta materia– la vecindad civil respecto del

²⁶ BOE 24 de junio de 2019. *Vid.* el comentario realizado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019”, *Ley de la Unión Europea*, núm. 74, de 31 de octubre de 2019.

²⁷ ECLI:ES:TSJBALE:2021:460. Sobre esta Sentencia, *vid.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Comentario a la STJ de las Islas Baleares de 14 de mayo de 2021, *Anuario de Derecho internacional privado*, 2021, pp. 574-577; P. MUNAR BERNAT, “Los problemas que plantea el Reglamento (UE) nº 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STJSJ Balears, de 14 de mayo de 2021”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, pp. 227-255.

²⁸ *Vid.*, al respecto, F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, “Extranjeros y Derechos forales: comentario a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 784-788.

disponible extranjero y no discutiéndose que la única unidad territorial relevante es Galicia. Por lo tanto, se aplica (*si fuere un pacto a los efectos del Reglamento*) la normativa de la unidad territorial” -el subrayado es nuestro-.

Me surgen varias dudas, ¿por qué vuelve a dudar de ser un pacto sucesorio de los contemplados por el RES y, sin embargo, toda la argumentación la basa en el Reglamento sucesorio? Si no discute la DGSJFP la aplicación del Derecho foral ¿de dónde se ha sacado tal problemática? ¿Y cuál es la solución por la que opta la DG en cuanto a la aplicación del art. 36 RES? Dicho de otro modo, ¿tenemos o no en España normas que resuelvan los problemas de Derecho interregional?

Veremos en el cuarto problema tratado que parece dar la solución a este último problema aplicando el punto 2 del art. 36, es decir, partiendo de la inexistencia de normas de Derecho interregional en España, cuando señala que “no es de aplicación la regla primera del artículo 36, cuyo contenido es de preferente aplicación, como demuestra su interpretación lógica y sistemática” (FD 30). De hecho, ya no se deduce sino que acaba afirmando expresamente que debe aplicarse la solución del art. 36. 2 (FD 31, apartado c). Si creían que era todo tan sencillo, justo después se desdice para afirmar que el hecho de que la vecindad civil no pueda utilizarse para determinar la ley aplicable a un ciudadano extranjero no puede equipararse al supuesto contemplado en el 36.2 RES, esto es a la ausencia de normas internas sobre conflictos de leyes (FD 31, apartado d). Ergo, a nuestro modo de ver, *a sensu contrario*, parece deducirse que para la DGSJFP es de aplicación el punto 1 del art. 36 que parte de la existencia de normas de Derecho interregional.

D) Normas de delimitación unilateral del Derecho foral

18. Y, entonces, entramos en el cuarto problema: ¿es posible que las normas forales exijan para su aplicación criterios de delimitación unilateral? Y aquí se encuentra, desde mi punto de vista, el segundo gran error de la DGSJFP -recordemos que el primero es entender que el pacto sucesorio no queda contemplado por el Reglamento sucesorio y, sin embargo, toda su argumentación se basa en dicho Reglamento-.

Según la DGSJFP, el art. 4 del Derecho civil de Galicia exige la cualidad de gallego para realizar el pacto litigioso FD 26. Por lo tanto, vuelve a insistir y vuelve a dudar la DGSJFP que, *de ser un pacto contemplado en el Reglamento* -el subrayado vuelve a ser nuestro porque llama mucho la atención-, “el legislador civil autonómico deberá adaptar su normativa al Reglamento sucesorio” (FD 27).

La DGSJFP hace una reflexión sobre el criterio de la vecindad civil y su ajuste con los reglamentos europeos, fundamentándola, paradójicamente, en la Resolución de 24 de mayo de 2019 citada que fue revocada por el TSJ de las Islas Baleares. No se entiende el empeñamiento en seguir adoptando una solución revocada por un tribunal (FD 30). Pues bien, según la DGSJFP no le corresponde valorar ni prejuzgar, “si la exigencia de la condición en este caso, de gallego (vecindad civil), en cuanto cualidad subjetiva basada en la propia ley civil gallega, ha de considerarse o no desigualdad en el trato que reciben los ciudadanos europeos –como de cualquier otro Estado, dado el carácter universal del reglamento, en materia de ley aplicable– residentes en España, teniendo presente que es, además, la misma situación para un ciudadano español, distinto del gallego”. Se trata, según la DGSJFP, de “una limitación material de las normas forales” y no de un problema de aplicación del Derecho europeo. Vuelve a insistir en que simplemente *si fueran susceptibles de ser consideradas un pacto de los contemplados por el Reglamento*, las normas forales deberían ser modificadas en adaptación a los nuevos instrumentos europeos.

19. ¿Qué se puede decir al respecto? La DGSJFP olvida que las normas de delimitación unilateral de las normas forales son normas de conflicto y, por tanto, son inconstitucionales porque los legisladores autonómicos no tienen competencia en materia de normas internas sobre conflictos de leyes. Solo pueden ser válidas como normas de delimitación interior. Baste recordar la STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 que señala con claridad meridiana, en relación con una norma de Derecho foral reguladora de uniones de hecho en Navarra que, cuando se define la aplicación de una norma de Derecho foral “en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable” -pues se exigía que uno de los

miembros de la pareja tuviera vecindad civil navarra- “se contiene una norma de solución de conflicto con otras leyes que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8^a”²⁹. Por tanto, considera que el punto de conexión vecindad civil utilizado para determinar el estatuto personal, incide sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”. Y por ello, el TC declaró inconstitucional dicha norma.

Es cierto que, son normas de rango legal y los jueces no pueden dejar de aplicarlas. Si se consideran contrarias a la CE hay que plantear una cuestión de inconstitucionalidad. El problema es la permisibilidad del legislador estatal con estas normas. De hecho, tenemos un grupo de normas donde se delimita unilateralmente el Derecho foral, como en materia de uniones de hecho, que siguen aplicándose, o el propio art. 4 del Derecho civil gallego. Sin embargo, desde el punto de vista del marco de la UE, no se puede tener en cuenta esta restricción, es decir, que los derechos forales solo se puedan aplicar a los españoles y no a los extranjeros y que, por esa razón, se considere que el pacto sucesorio gallego no puede realizarse jamás por extranjeros.

De hecho la normativa de la UE, por la ley de la última residencia habitual del causante, *ex art. 21 RES*, nos lleva a la aplicación del Derecho foral de la unidad territorial concreta, por el artículo 36.2 RES. De esta forma, se evita la aplicación de las normas de conflicto internas y evitamos el juego de la posible inconstitucionalidad. Si solo los españoles tienen vecindad civil, como recalca la RDGSJFP, desde la perspectiva de la UE tenemos una norma que nos permite gozar de unas instituciones que solo tendríamos a nuestra disposición los españoles y no los extranjeros, lo cual sería discriminatorio porque se trataría de favorecer a los españoles frente a los ciudadanos de los EM de la UE. No hay que olvidar que el TJUE ya ha señalado esta posible discriminación en la STJUE de 30 de abril de 1996, en el caso *Ingrid Boukhalfa contra Bundesrepublik Deutschland*³⁰. Si ya existen españoles de primera y españoles de segunda, por la vecindad civil de los mismos, entraríamos en la consideración de ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda, dependiendo de la posible aplicación de los Derechos forales frente a los nacionales con vecindad civil foral concreta.

Debe observarse que la propia RDGSJFP en su FD 28 señala que la exigencia de la vecindad civil “no produce –solo– una discriminación para el ciudadano europeo –o de cualquier otro Estado, por la aplicación universal del Reglamento frente al local, gallego en este caso–, sino también para cualquier ciudadano español”. Por tanto, como hay discriminación en todo caso, “*café para todos*”. No se trata de un error, porque la DG ve que es una norma discriminatoria, pero justifica su aplicación en que es discriminatoria para todos.

Ahora bien, en puridad, el art. 36.1 se refiere a la existencia de normas que resuelvan los problemas de derecho interregional y en España las tenemos; por tanto no podríamos acudir al art. 36.2 RES dado que en nuestro ordenamiento jurídico sí existen normas de conflicto que resuelven los conflictos internos. Por eso, se deben apurar las normas de conflicto internas hasta encontrar la solución, sin poder acudir al artículo 36.2. Habría que investigar el Derecho interregional español antes de pasar al artículo 36.2 RES. Desde un punto de vista más formalista esta sería la solución más correcta. De esta forma, en materia sucesoria, la norma de Derecho interregional aplicable es la contenida en el art. 9.8 CC., sustituyendo la nacionalidad por la vecindad civil, *ex arts. 14 y 16 CC*. Como el disponente extranjero no tiene vecindad civil hay que buscar una solución, para evitar no tener norma sucesoria que aplicar. Sin embargo, han surgido otras soluciones doctrinales que acuden a la solución del art. 36.2 RES, interpretando que “a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes” puede significar “insuficiencia” o “inadaptación” de tales normas de conflicto de Derecho interregional³¹. Son cuestiones de matices, pero en los casos anteriores al RES, los jueces se saltaban todo el problema de los ordenamientos jurídicos plurilegislativos hablando directamente del Derecho inglés o del Derecho de Maryland y se acababa aplicando Derecho foral.

²⁹ BOE de 23 de mayo de 2013.

³⁰ ECLI:EU:C:1996:174.

³¹ M.A. CUEVAS DE ALSADORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2018, p. 62; P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013 (*indret.com*), pp. 1-27.

De lege ferenda hay que plantearse en serio impugnar ante el TC este tipo de normas de derecho interregional que delimitan unilateralmente la aplicación del derecho foral. Por ejemplo, en relación con las parejas de hecho el TC no ha tenido una doctrina muy clara y los legisladores autonómicos se están acostumbrando a este tipo de normas y más que se van a acostumbrar si la DG les apoya. Una cosa es que sigan existiendo, a pesar de su patente inconstitucionalidad, y otras que la propia DGSJFP las bendiga. El elemento diferenciador de los ciudadanos a través de estas normas de Derecho foral crea una política de españoles de primera y españoles de segunda y “en este caso” extranjeros de primera y extranjeros de segunda. Por eso, hay que evitar el elemento diferenciador de sus ciudadanos respecto a otras CCAA, en función del criterio de la vecindad civil foral. Hay que tener en cuenta que la vecindad civil puede ser un elemento obstaculizador y discriminatorio.

3. “Resumen” de las soluciones propuestas por la DGSJFP

20. Llegados a este punto, no podemos dejar de sorprendernos por el resumen que la DGSJFP hace en el FD 31, para terminar concluyendo en el último FD -el número 32- que según el art. 27.3 RES, la cuestión de la vecindad civil gallega del disponente impuesta por la ley de Derecho Civil de Galicia, lleva consigo la necesidad de ostentar la nacionalidad española, por lo que se trata de una cuestión de “validez formal”. Llama la atención que sea en el último FD cuando se decida que se trata de una cuestión que afecta a la validez formal de una disposición *mortis causa*, cuando con anterioridad, exactamente en el FD 28, se refiere a la falta de vecindad civil gallega del nacional francés autor del pacto sucesorio de mejora, para no poder aplicarse el Derecho foral gallego, como una falta de “validez material”. Por tanto, ¿cómo entiende la DGSJFP la exigencia de una vecindad civil concreta? ¿Como una cuestión material o como una cuestión formal? Hay que dejar claro que el criterio de la vecindad civil foral no es una cuestión de forma. La ley aplicable a la forma de los pactos sucesorios se regula en el art. 5 del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Este precepto se refiere a “prohibiciones de formas”³². El pacto sucesorio se documentó válidamente según la forma exigida y la falta de vecindad civil del nacional francés otorgante del pacto no afecta al modo de exteriorizar la voluntad de los disponentes.

21. La conclusión final para desestimar el recurso por parte de la DG es la siguiente: “Por todo ello, se considera, como la registradora calificante, que al ser necesario ostentar vecindad civil gallega para que el otorgante se sujete a la ley gallega, y resultando la vecindad civil una cualidad reservada a españoles, siendo extranjero el otorgante, no procede, en este caso, el otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente, el cual muy posiblemente, además, no se encuentre en el concepto de pacto sucesorio previsto en el Reglamento, en cuanto se transmite la propiedad de presente y su consecuencia sucesoria supone una «*professio iuris*» no expresa, sino tácita, pero parcial, que puede suponer la fragmentación de la sucesión, conforme a la reciente jurisprudencia europea”.

22. Y “a modo de resumen cabe considerar” según la DGSJFP:

- a) “que un pacto con entrega de presente de los mismos, difícilmente puede ser considerado un pacto sucesorio a los efectos de los artículos 3.1.b) y 25 a 27 RES”. Entonces, ¿por qué basa su argumentación exclusivamente en la aplicación del Reglamento sucesorio? Es muy difícil de entender y de justificar.
- b) “Adicionalmente, un pacto con transmisión de presente, que es una liberalidad sobre bienes determinados, pudiera fraccionar la sucesión, en cuanto las deudas y las partes reservadas se determinarán por la ley aplicable correspondiente a la ley sucesoria (artículo 23 del Reglamento (UE) 650/2012) y podría ser considerada, por tanto, una elección de ley parcial, con clara vulneración de la unidad de la ley sucesoria (Sentencia del Tribunal de Justicia de

³² BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

9 de septiembre de 2021)”. No se puede aplicar el RES pero fundamenta su argumentación en la imposibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión internacional, en virtud del art. 23 RES, cuando dicha elección no se ha producido en ningún momento. ¿De dónde se saca la DGSJFP que no cabe la elección de ley porque se produciría fraccionamiento legislativo, cuando tal acuerdo no existe?

- c) “Que la interpretación del artículo 36.2 del Reglamento (UE) 650/2012, es aplicable tanto a las sucesiones ya abiertas como a las disposiciones mortis causa, aunque para que éstas surtan efecto será necesario el cumplimiento de los requisitos de validez material y formal de los artículos 25 a 27 del Reglamento”. Y señala que “es relevante que en los derechos forales españoles existen pactos en los que se limita, históricamente, de forma subjetiva, la posibilidad de su concertación”. ¿Se puede relacionar la ley aplicable a los pactos sucesorios con el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico tengamos Derechos forales sujetos a la vecindad civil de los ciudadanos españoles? Claro que se puede relacionar, pero la RDGS-GFP no sabe la razón, porque confunde el hecho de que no se pueda aplicar, sin más, el Derecho foral a un extranjero, con la exigencia por parte de algunos Derechos forales de una condición subjetiva como es la vecindad civil concreta para su aplicación. Y hay que decir algo más, la delimitación unilateral de la aplicación de las normas de Derecho interregional, a través de la exigencia de una vecindad civil concreta, las convierte en normas de conflicto y, como se señalaba con anterioridad, son contrarias a las CE, *ex art.* 149.1.8º CE. No se trata, en ningún caso, de una cuestión formal, como considera la DGSJFP sino de una condición unilateral de aplicación de una norma de Derecho foral que, una vez determinada que puede aplicarse por el cumplimiento de tal condición, debe cumplir además unas cuestiones formales y materiales para que el pacto sucesorio se considere válido.
- d) “La existencia de una norma estatal que no permite la aplicación de un Derecho foral a un extranjero por carecer de vecindad civil de la Comunidad Autónoma en cuestión no necesariamente debe equipararse al supuesto de hecho del art. 36.2 RES, esto es, la ausencia de normas internas sobre conflictos de leyes”. En este momento es cuando decididamente no se entiende nada de la DGSJFP, pues su línea argumental es la aplicación del art. 36.2, lo dice justamente en la conclusión anterior, que ahora parece no poder aplicarse. De hecho, en el párrafo final de este resumen señala: “Por lo tanto, el extranjero o el español que no posea la vecindad civil no podrá concertar determinados pactos forales por no ser válidos material y formalmente en la unidad territorial cuyo ordenamiento es directamente aplicable por el artículo 36.2”. Entonces, en qué quedamos. Igualmente la DGSJFP había optado por la aplicación del art. 36.2 en el último párrafo del FD 30. ¿Y ahora se desdice? Lo cierto es que para tranquilidad de ciudadanos y operadores jurídicos, la solución en este caso es la misma pues, se entienda o no que hay normas de Derecho interregional aplicables, se acaba remitiendo a la ley de la última residencia habitual del causante .
- e) Termina diciendo que en España, por aplicación del art. 38 RES, no admite la aplicación del Reglamento sucesorio a los conflictos internos de leyes. “Ello se debe al obligado respeto a la tradición histórica de nuestros Derechos civiles (véase el considerando 6 «in fine» del Reglamento); sus instituciones (así, el pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente de la ley gallega); sus respectivos ámbitos de aplicación y el mecanismo interno de solución de sus conflictos territoriales (artículos 13 y siguientes del Código Civil)”.

III. Conclusiones

- 1º Alegar como excusa por parte del registrador que no tiene vecindad civil gallega como condición para aplicarlo y que la DGSJFP santifique esta solución, supone ir en contra del Reglamento. Esto supone *de facto* aceptar que las CCAA resuelven conflictos de leyes lo que está prohibido por nuestra constitución, *ex art.* 149.1.8º CE.

- 2º Me parece muy lógico que el Derecho gallego se aplique solo a los gallegos y no a los franceses, pero para ello hay que activar una reforma legal que, por el momento no se ha producido. Los Derechos forales son Derechos propios de comunidades agrícolas de esos lugares, herencia de la Edad Media, y no tiene ningún sentido aplicar el Derecho gallego a un francés, pero a pesar de esta contradicción valorativa no pueden dejar de aplicarse los Derechos forales a los extranjeros, porque supondría una discriminación, completamente injustificada en el marco de la UE.
- 3º España sí tiene normas de Derecho interregional (art. 36.1 RES) lo que ocurre es que la vecindad civil como punto de conexión empleado por nuestro CC., para resolver los problemas de remisión a un ordenamiento jurídico plurilegislativo de base territorial, no se adapta bien a las soluciones contempladas en un Reglamento de la Unión Europea. Pero aunque se considerara que no existen esas normas porque hay una laguna que colmar, respecto a los extranjeros que no pueden tener vecindad civil, el resultado será el mismo, la aplicación de la ley de la unidad territorial coincidente con la última residencia habitual del causante; la solución, por otro lado, más práctica y fácil de adoptar, *ex* art. 36.2 RES, es decir, la aplicación del Derecho foral gallego. Cualquier otra solución debe ser considerada ilegal e incluso inconstitucional.
- 4º En definitiva, partiendo de que la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral español se determina por la vecindad civil y que la inadaptación de la vecindad civil en relación con los extranjeros es clara, vista la laguna existente, no puede llevar a la aplicación del Derecho común en todos los supuestos, pues el principio constitucional que vertebró el conflicto entre la aplicación del Derecho común y el Derecho foral es el principio de competencia, nunca el principio de jerarquía: el Derecho aplicable será el de la Comunidad Autónoma, si existe, y en su defecto será de aplicación el Código Civil (STC 132/2019, 13 noviembre 2019).

El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores*

The legal framework of Directive (EU) 2020/1828 in relation to the judicial protection of the collective interests of consumers

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla
ORCID ID: 0000-0002-3227-3957

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7184

Resumen: El interés de la Unión Europea por impulsar un mercado interior que garantice la libre circulación de mercancías y servicios ha transcurredo paralelo a la aprobación de diversas Directivas en las últimas décadas destinadas a procurar mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores en todos los Estados miembros. En esta línea se inscribe la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. La transposición de esta Directiva va a requerir una revisión en profundidad de la tutela colectiva en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente trabajo se abordan los aspectos procesales básicos que deberán ser necesariamente objeto de reforma.

Palabras clave: Interés colectivo, tutela cautelar, requisitos de admisibilidad, acumulación de acciones, cosa juzgada.

Abstract: The interest of the European Union to promote an internal market that guarantees the free movement of goods and services has coincided with the approval of several Directives in recent decades that have aimed at establishing mechanisms for the protection of consumer rights in all Member States. One of these instruments is Directive (EU) 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. The transposition of this Directive will require a thorough revision of the collective actions in the Spanish Civil Procedure Act. This paper addresses the basic procedural aspects that must be amended.

Keywords: Collective interest, precautionary measures, admissibility requirements, joinder of actions, res judicata.

Sumario: I. Introducción. II. La condición legal de consumidor. III. Las acciones de representación. 1. Medidas de cesación. A) Contenido. B) La adopción de medidas cautelares y la diligencia procesal en la tramitación de las demandas de medidas de cesación. 2. Medidas resarcitorias. A) Contenido. B) Acumulación de la acción resarcitoria a una de cesación. 3. La decisión de inadmisión de la acción de representación. IV. Configuración del interés colectivo y descripción del grupo de consumidores a efectos resarcitorios. V. El ejercicio de la acción de representación por la entidad habilitada. 1. Designación. 2. Legitimación. VI. Efecto vinculante de la sentencia. VII. Valoración final.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i FEDER Andalucía US-15413 “La tutela de consumidores y usuarios. El marco europeo, su aplicación en el ordenamiento español y los sistemas de actuación y protección en Andalucía”.

I. Introducción

1. La evolución hacia un mercado europeo único cada vez más globalizado y digitalizado representa un nuevo desafío en la Unión Europea en su propósito de alcanzar un nivel elevado de protección de los consumidores, tal como se encuentra previsto expresamente tanto en el TFUE (arts. 114.3 y 169) como en la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 38). Este objetivo compromete decididamente al legislador en la incesante búsqueda e instauración de soluciones jurídicas para los litigios en materia de consumo. Así lo atestigua la prolífica actividad normativa desarrollada hasta la fecha por las instituciones europeas destinada a promover instrumentos que fortalezcan la posición del consumidor.

2. Un repaso siquiera somero a los precedentes normativos del actual contexto jurídico nos lleva a señalar que ya en 2008 la Comisión europea planteó la necesidad de acometer una profunda reflexión y debate sobre la eficacia de las vías de recurso destinadas al amparo o protección de los consumidores. Concretamente, en relación con los casos de “denuncias masivas”¹ provenientes de una pluralidad de afectados, los recursos individuales se revelaron ciertamente insuficientes por su alto coste y complejidad. Es entonces cuando cobra fuerza la pertinencia de instaurar mecanismos de recurso colectivo para promover una acción de representación en procedimientos judiciales y/o administrativos. Esta línea de actuación supone, además, la consolidación de un modelo que focaliza en el mecanismo de la acción colectiva el remedio para generar confianza y seguridad en los consumidores en caso de sufrir un perjuicio proveniente de una actividad ilegal. Sin embargo, al mismo tiempo, pone de manifiesto las dificultades que están encontrando las instituciones europeas a la hora de implantar un instrumento lo verdaderamente eficaz para cumplir la normativa de consumo en el contexto de un mercado en constante evolución y crecimiento².

3. A tales efectos hay que citar la Recomendación de la Comisión de 2013 (en adelante Recomendación 2013) sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE). Fue esta norma la que estableció un marco de referencia con los principios de un modelo europeo de recurso colectivo de indudable trascendencia a la hora de configurar el actual panorama legislativo. En su preámbulo alude a la conveniencia de “garantizar los derechos procesales fundamentales de las partes y evitar los abusos mediante unas garantías adecuadas”. Con ese propósito, articula el recurso colectivo en dos ámbitos concretos: el primero, referido a la cesación de un comportamiento ilegal -recurso colectivo de cesación- y, el segundo, a la reclamación de una indemnización -recurso colectivo de indemnización- “de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas que afirmen haber sido perjudicadas en caso de daños masivos o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación”³. Hay que tener en cuenta que hasta ese momento el principal instrumento vinculante de la Unión referente al recurso colectivo era la Directiva sobre las acciones de cesación de 2009 -que a su vez había derogado la Directiva 1998/27/CE-, si bien no contemplaba la acción conjunta de indemnización por daños y perjuicios.

4. Sin embargo, en 2018 con ocasión de una evaluación de la aplicación práctica de esta Recomendación de 2013, la Comisión constata que durante esos años la disponibilidad de mecanismos de recurso colectivo en las legislaciones nacionales no se había potenciado suficientemente e incluso en muchos países la acción para reclamar colectivamente una indemnización en situaciones de daños masivos no estaba prevista o estaba sujeta a condiciones muy rígidas⁴. A ello se añaden las repercusiones del escándalo mundial que supuso la manipulación de las pruebas de las emisiones de gases de escape de

¹ Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores COM (2008) 794 final de 27 de noviembre de 2008.

² Sobre la relación entre la salvaguarda del mercado interno y los avances en el desarrollo de mecanismos destinados a la tutela del consumidor que se vienen dando en Europa en las últimas décadas vid. J. MORÁIS CARVALHO, “La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿mito o realidad?”, *Criterio jurídico*, vol. 6, 2006, p. 243.

³ Punto 3 de la Recomendación de la Comisión DO 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013.

⁴ Informe de la Comisión COM (2018) 40 final de 25 de enero de 2018.

determinados automóviles diésel (“Dieselgate”) que llevó a la UE a replantearse su política en materia de protección a los consumidores, a examinar el grado de cumplimiento de sus normas y, en fin, ofrecer una reparación a las víctimas⁵.

5. Todos estos factores influyeron decisivamente en la generación de un “Nuevo Marco para los Consumidores” propulsado desde la Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo en 2018⁶. Entre sus iniciativas más destacadas se incluye la derogación de la citada Directiva 2009/22/CE y la promulgación de un nuevo texto -la actual Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020⁷-, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la Directiva)⁸, con un amplísimo ámbito de aplicación que expresa su artículo 2, esto es, se aplica a las acciones de representación ejercitadas frente a actos de empresarios que infrinjan cualquiera de las disposiciones de Derecho de la Unión recogidas en su extenso Anexo I⁹.

6. La gran novedad de esta Directiva es el reconocimiento expreso de medidas resarcitorias o reparadoras que pueden extenderse incluso a reclamaciones transfronterizas cuando los consumidores afectados no residan en el mismo Estado miembro que el del empresario infractor. Dichas medidas obligarán al empresario a “proporcionar a los consumidores afectados soluciones, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional” (art. 9.1 de la Directiva).

7. La Unión Europea consolida así un marco jurídico reforzado para la protección de los consumidores que a corto y medio plazo deberá afrontar el impacto del covid-19 sobre los estándares de consumo¹⁰. En ese sentido, surge la “Nueva Agenda del Consumidor” ideada para el lustro 2020-2025 y destinada precisamente a “reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible”¹¹ en un contexto de circunstancias extraordinarias y sobrevenidas. La Agenda contempla cinco ámbitos prioritarios: la transición ecológica, la transformación digital, la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores, las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores y la cooperación internacional.

8. Todas estas áreas de trabajo han sido reconocidas después por las Conclusiones del Consejo sobre la Nueva Agenda del Consumidor (2021/C154/05)¹² que exhorta, tanto a la Comisión como a los Estados miembros, a cooperar y coordinarse para garantizar la protección de los consumidores adaptada a los nuevos tiempos y necesidades¹³.

⁵ En ese marco hay que situar la acción conjunta de la UE promovida desde el Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004, y 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.

⁶ COM (2018) 183 final de 11 de abril de 2018.

⁷ Los Estados miembros deberán incorporar esta Directiva a sus respectivas legislaciones internas a más tardar el 25 de diciembre de 2022. La entrada en vigor de la transposición deberá producirse a partir del 25 de junio de 2023.

⁸ COM (2018) 184 final 2018/0089 (COD).

⁹ El Anexo I lo integran un total de 66 disposiciones referidas a materias muy diversas tales como cláusulas abusivas, seguridad general de productos, comunicaciones electrónicas y audiovisuales, servicios financieros o derechos de viajeros.

¹⁰ La crisis sanitaria ha provocado un considerable aumento de la adquisición de productos y contratación de servicios en línea, pero también se ha evidenciado una mayor exposición de los consumidores a prácticas comerciales engañosas y fraudulentas en esos entornos. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19_es.

¹¹ COM (2020) 696 final de 13 de noviembre de 2020.

¹² DO C154 n.º 64 de 30 de abril de 2021, p.6.

¹³ Merece ser destacada la atención prestada a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo como forma de abordar las

9. En este contexto de recuperación y apertura de nuevos horizontes las acciones de representación están llamadas a desempeñar un papel determinante para garantizar el acceso a la justicia, el nivel de conocimiento de los derechos de los consumidores y, en fin, fortalecer la confianza en el mercado único, elemento sobre el que pivota buena parte de la sostenibilidad de la economía comunitaria.

II. La condición legal de consumidor

10. En el Derecho de la Unión Europea la noción de consumidor va ligada al cumplimiento de dos condiciones o requisitos: que se trate de una persona física y que la relación de consumo responda a un ámbito ajeno al desarrollo de su actividad o ejercicio profesional¹⁴. Sin embargo, cuando se examina la evolución normativa -y sobre todo jurisprudencial- que han experimentado estas condiciones se observa que su nivel de exigencia no ha transcurrido en paralelo.

11. Así, cuando se trata de abordar el concepto legal de consumidor nos hallamos ante una clara tendencia a la objetivación del término con el propósito de albergar no sólo a personas físicas sino también a las personas jurídicas. Eso explicaría que toda la problemática suscitada en torno a la identificación del consumidor sea examinada más con relación a un “acto de consumo” que a un “acto de consumidores”. Esa es la línea que, a nuestro entender, sigue una de las Directivas europeas más representativas de los últimos años en materia de consumo, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores que, en aras de alcanzar un elevado nivel de protección, faculta a los Estados miembros a aplicar lo dispuesto en su articulado a “personas físicas o jurídicas” aunque no sean consideradas personas consumidoras en el sentido que recoge la propia Directiva cuya definición de consumidor es más restrictiva pues, de hecho, sólo incluye a la persona física¹⁵.

12. Por su parte, la jurisprudencia comunitaria sigue también esta misma orientación y buena muestra de ello es la sentencia de 2 de abril de 2020 C-329/19 que responde a la cuestión prejudicial planteada sobre la Directiva 93/13/CEE en el sentido de incluir en el concepto de consumidor a un sujeto de Derecho -el condominio en derecho italiano- aun careciendo de la consideración de persona física y, por tanto, no contemplado en el ámbito de aplicación de la citada Directiva.

13. Esta configuración amplía a la hora de conformar la condición legal de consumidor contrasta, sin embargo, con el rigor interpretativo que se exige al requisito de la finalidad no profesional en el acto de consumo. De hecho, “la ajenidad al ámbito de una actividad profesional” pasa a ser la condición indiscutible para establecer una definición de consumidor, de donde se infiere con claridad que ser persona física no resulta determinante para reconocer el estatus propio de consumidor. E incluso en aquellos casos en los que converjan evidencias de relaciones profesionales y privadas, se podrá plantear la aplicación de las normas protectoras de los consumidores sólo si el vínculo con la actividad profesio-

necesidades específicas de los consumidores. En relación con ello, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ha modificado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU). Se pretende ajustar nuestra legislación a las exigencias derivadas de la Nueva Agenda del Consumidor que subraya la necesidad de abordar la situación de ciertos consumidores que, por sus características o circunstancias, requieran una mayor protección a la hora de tomar decisiones en las relaciones de consumo más acorde con sus intereses.

¹⁴ Vid. como ejemplos el conjunto normativo que representan las Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores o la 2019/771/UE, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

¹⁵ Directiva 2011/83 considerando décimo tercero: “Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas”. Vid. Comunicación de la Comisión *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores*, DOUE 29 de diciembre de 2021.

nal pudiera considerarse marginal -destino mixto y actividad residual¹⁶- y, por tanto, “tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato” (STJUE de 14 de febrero de 2019 C- 630/17).

14. Llevadas estas consideraciones al contexto de las acciones de representación, se observa que la Directiva mantiene la definición de consumidor en los términos que hemos señalado anteriormente, es decir, debe tratarse de persona física que actúe en un ámbito de todo punto ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 2). En consecuencia, nos hallamos ante un planteamiento que no se aparta de los precedentes normativos propios de esta materia, pero esa tendencia que hemos expuesto hacia la ampliación de la cualidad de consumidor a personas distintas de una persona física requiere en este caso algunas matizaciones.

15. El interés en este punto se desvía hacia el preámbulo de la Directiva y es importante reseñarlo porque contiene un pronunciamiento expreso sobre su ámbito de aplicación subjetivo. Concretamente el considerando décimo cuarto indica taxativamente que “solo debe proteger los intereses de las personas físicas”¹⁷, de donde se sigue que quedan excluidos otros tipos de consumidores. Este planteamiento no encuentra correspondencia en nuestro sistema jurídico que extiende la condición de consumidor a personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica (art. 3 LGDCU)¹⁸, lo que supone orientar la legislación interna a una regulación más propia de actos de consumo que de actos de consumidores como antes se ha advertido. De cualquier forma, estamos ante una temática no armonizada en un contexto de Directiva de mínimos sobre la que los Estados miembros podrán legislar libremente.

16. Conviene no obstante advertir que mantener una concepción amplia de consumidor entraña una doble exigencia: por un lado, obliga a aplicar la normativa en materia de consumo en condiciones de igualdad entre los distintos tipos de consumidores legalmente reconocidos y, por otro, supone la eliminación de cualquier restricción normativa que –careciendo de una justificación razonable y objetiva– implique una diferencia de trato entre consumidores. En esos términos se pronuncia la STC 156/2021, de 16 de septiembre, que ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “persona física” del artículo 2.2 del RD Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, al entender que vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución el hecho de limitar su ámbito de aplicación subjetivo al consumidor persona física, sin que esta determinación encuentre fundamento o razón de ser en la regulación contenida en dicha norma.

17. Tampoco hay que olvidar en este punto que, desde la propia jurisprudencia europea, se ha propiciado una suerte de control judicial de la condición de consumidor cuando se trata de aplicar la normativa incorporada por las Directivas europeas en materia de consumo a la legislación interna. En ese sentido se pronuncia la STJUE de 4 de junio de 2015 (asunto C-497/13) al señalar que es obligación del juez nacional examinar de oficio la condición de consumidor sin necesidad de que sea alegada y probada por las partes, aunque lo condiciona a que “disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración”¹⁹.

¹⁶ M. MARÍN LÓPEZ, “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 9, 2014, p. 12.

¹⁷ Quedan excluidos expresamente los empresarios, ya sean persona física o jurídica, frente a los que se ejercita la acción de representación.

¹⁸ El legislador español encuentra un marco referencial en el artículo 51 de la Constitución que, pese a no incluir una definición expresa de consumidor, permite establecer una configuración jurídica lo suficientemente amplia como para integrar tanto a personas físicas como jurídicas en el sentido que expresa el artículo 3 de la LGDCU. Vid. sobre la aplicación de esta norma en las SSTs de 13 de abril de 2021 (n° 201/2021), con relación a una comunidad de propietarios, y de 29 de abril de 2021 (n° 232/2021) referente a una entidad deportiva. En ambos casos, el Tribunal Supremo otorga a la recurrente la consideración de consumidora en las operaciones jurídicas enjuiciadas de conformidad con el ámbito subjetivo reseñado en la LGDCU, con el añadido de actuar siempre con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

¹⁹ Un análisis de esta resolución en G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, y R. MÉNDEZ TOMAS. “Los poderes probatorios del juez civil en materia de consumo a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *La Ley probática*, n° 5, 2021, (edición digital).

III. Las acciones de representación

18. En el contexto de las relaciones de consumo, la protección del consumidor se aborda por las instituciones de la Unión como un valor o modelo europeo²⁰. Por esa razón, la acción de representación se enmarca en la consecución de instrumentos o mecanismos efectivos que garanticen la tutela colectiva de derechos e intereses de los consumidores con independencia del territorio en que el litigio se suscite y del lugar en que los perjudicados de hallen²¹.

19. En ese orden interesa realizar dos advertencias: a) la acción de representación puede ejercitarse tanto en procedimientos judiciales como administrativos. En estas líneas nos vamos a limitar a analizar el ejercicio de las acciones de representación en el ámbito judicial. Hay cuestiones como la tutela judicial efectiva frente a decisiones administrativas adoptadas de conformidad con las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva que por el objetivo que se ha trazado en este trabajo, no van a ser desarrolladas²²; b) no podemos olvidar -y el legislador europeo es consciente- que el creciente fenómeno de la globalización en las relaciones jurídicas de consumo provoca situaciones en las que las personas consumidoras pueden hallarse en dos o más Estados miembros por lo que se requieren soluciones similares en todo el espacio europeo.

20. Esta realidad nos sirve para traer a colación dos conceptos. Por un lado, el de “infracción transfronteriza” para abordar la vulneración de las disposiciones normativas protectoras de los derechos de los consumidores dispersos en más de un Estado miembro de la Unión y, por otro, el de “acción de representación transfronteriza” para aludir al recurso colectivo frente a la infracción cometida. Desde esta óptica la Directiva establece que la acción de representación tendrá un alcance transfronterizo cuando sea ejercitada por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada²³.

21. En consecuencia, es obligado concluir que el criterio determinante para saber el tipo de acción que se ejercita -nacional o transfronteriza- es el de precisar con exactitud el Estado miembro en que se promueve la acción de representación por la entidad legitimada²⁴.

22. Dicho lo anterior, la Directiva define la acción de representación como “toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ejercitada por una entidad habilitada como parte demandante en nombre de los consumidores por la que se solicita una medida de cesación o una medida resarcitoria, o ambas” (art. 3). Por consiguiente, la defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores se articula en torno a dos tipos de medidas: las medidas de cesación y las medidas resarcitorias (art. 7.4 de la Directiva) a las que nos referimos a continuación.

²⁰ M. AGUILERA MORALES, “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva UE 2020/1828, *Revista española de derecho europeo*, n° 78-79, 2021, p.97.

²¹ Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 considera “perjuicios a los intereses colectivos de los consumidores”: todo perjuicio real o potencial para los intereses de varios consumidores afectados por infracciones dentro de la Unión, infracciones generalizadas o infracciones generalizadas con dimensión en la Unión.

²² Sobre la eficacia de resoluciones judiciales y administrativas previas F. GASCÓN INCHAUSTI, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n° 2, 2020, p. 1313.

²³ Sobre el ejercicio de la acción de cesación por entidades y organismos habilitados en España en otro Estado de la Unión Europea vid. artículo 55 de la LGDCU.

²⁴ “Las actividades económicas suelen extenderse a través de las fronteras y pueden ocasionar daños a personas de varios Estados miembros como consecuencia de actividades idénticas o similares. Tales personas no deberían verse privadas de la ventaja de unir fuerzas para hacer valer sus derechos”. Con este enfoque, el Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 25 de enero de 2018, encara el problema de las infracciones transfronterizas y apunta la necesidad de hacerles frente de forma coordinada entre todos los Estados miembros.

1. Medidas de cesación

A) Contenido

23. Las medidas de cesación, establecidas en los ordenamientos internos merced a la transposición de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores (específicamente la ya citada Directiva sobre las acciones de cesación de 2009), vuelven a confirmarse como un mecanismo procesal que engloba distintas formas de tutela jurídica destinadas a poner fin o prohibir prácticas empresariales lesivas. En clave interna, nuestra legislación ha ido de la mano de la propia normativa europea. Así, la acción de cesación como mecanismo de tutela colectiva está expresamente reconocida en la LGDCU (art. 53)²⁵ y ampliamente difundida en la legislación sectorial²⁶.

24. A través de estas medidas se puede instar el cese de una conducta actual, la prohibición de reiterarla en el futuro o incluso de ejecutar la que aún no se ha producido pero cuya ejecución puede ser inminente. Todas estas manifestaciones han llevado a identificar la acción de cesación con un tipo de tutela inhibitoria y preventiva²⁷. En ese orden, destacamos que el artículo 8 de la Directiva señala expresamente que la acción de cesación puede comprender tanto medidas definitivas como provisionales.

25. En el primer caso, es claro que la acción de cesación persigue un fallo condenatorio al objeto de hacer cesar o prohibir una práctica o conducta contraria a las disposiciones del Derecho de la Unión de la que se deriva o pueden derivarse graves perjuicios para los consumidores. Ello no impide, sin embargo, que el pronunciamiento pueda extenderse también a otras consecuencias accesorias tales como la obligación de publicar total o parcialmente la resolución dictada por el órgano jurisdiccional -o la autoridad administrativa-, publicar una declaración de rectificación o proporcionar a los consumidores la información previamente omitida en contravención de alguna obligación legal. Asimismo, la Directiva plantea medidas meramente declarativas desde la propia acción de cesación destinadas a proclamar que una práctica concreta constituye una infracción, en los casos en que esa práctica haya cesado antes de que se ejercite la acción de representación, pero concurren indicios suficientes que hagan temer una reiteración inminente o al fin de facilitar el seguimiento de medidas resarcitorias.

26. En fin, un conjunto de medidas que ya se apuntaban en las Directivas de 1998 y 2009 sobre acciones de cesación y que se refuerzan y amplían en la actual Directiva pendiente de transponer a las legislaciones internas²⁸.

²⁵ El artículo 53 dispone que: “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato”.

²⁶ Vid. la relación normativa en C. LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 317-330.

²⁷ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, en *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coords. T. ARMENTA DEU, y S. PEREIRA PUIGVERT, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.37. Asimismo, el carácter preventivo y abstracto de la acción de cesación ha sido destacado por la jurisprudencia del TJUE; vid. sentencia de 28 de julio de 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*.

²⁸ Para lograr que se cumpla lo dispuesto en la sentencia que acuerde una medida de cesación, la LEC contempla multas coercitivas destinadas a conminar al empresario a la ejecución de lo resuelto (art. 711.2). A nuestro modo de ver, esta norma resulta suficiente a los efectos de la obligación impuesta por la Directiva a los Estados miembros de establecer sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 19). No obstante, cuando el incumplimiento proviene de grandes empresas, las sanciones pueden resultar irrisorias y en modo alguno disuasorias. De ahí que, en nuestra opinión, el legislador no deba pasar por alto la posibilidad que apunta la propia Directiva de regular con precisión los pronunciamientos accesorios que pueden acompañar a un eventual fallo estimatorio de una acción de cesación y que podrían comprometer seriamente el crédito profesional infractor.

B) La adopción de medidas cautelares y la diligencia procesal en la tramitación de las demandas de medidas de cesación

27. De otro lado, y en aplicación de lo dispuesto en la letra a) del artículo 8.1 de la Directiva, la acción de cesación también puede alcanzar soluciones provisionales con el fin de otorgar una rápida tutela de los derechos ejercitados. Por consiguiente, aun siendo el objeto de la acción de cesación un pronunciamiento sobre el fondo que obligue al demandado a abstenerse de realizar una determinada actividad que se reputa infractora, nada obsta para que la entidad habilitada inste la adopción de medidas provisionales con el mismo fin. Es decir, cesar o prohibir una práctica o conducta ilícita para evitar que se produzcan nuevos daños o se agraven los ya producidos mientras se halle pendiente la resolución de la acción de representación²⁹.

28. La adopción de medidas de contenido análogo o prácticamente idéntico al contenido de la sentencia principal está prevista en nuestro sistema procesal en el ámbito que ahora nos ocupa. En concreto permite adoptar -como cautelares- medidas que, como órdenes y prohibiciones aparecen citadas en el artículo 726.2 de la LEC y desarrolladas en el apartado 7º del artículo 727, esto es, “la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”.

29. Más dudas ofrece, sin embargo, la cuestión del momento procesal en el que la entidad habilitada puede solicitar estas medidas cautelares. Conviene advertir en este punto que nuestra legislación permite formular una petición cautelar junto con la demanda principal (art. 730.1 LEC) aunque si se acreditan razones de urgencia o necesidad se admite la solicitud previa a la interposición de la demanda (art. 730.2 LEC).

30. Y especialmente interesante en el ámbito que nos ocupa nos parece el artículo 732.2 en relación con las medidas cautelares que se soliciten en procesos incoados para pretender la prohibición o cesación de actividades ilícitas. Esta norma permite proponer al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado de ello al demandado, se realicen las averiguaciones que resulten necesarias para resolver sobre la petición cautelar y que el solicitante no pueda aportar por sí mismo.

31. Por su parte, el artículo 17 de la Directiva hace alusión expresa a la diligencia procesal como regla de tratamiento para la sustanciación de acciones de representación destinadas a obtener medidas de cesación y, en referencia a las medidas provisionales, señala que deben tramitarse cuando corresponda mediante un procedimiento acelerado³⁰.

32. A la vista del conjunto normativo expuesto, el legislador español deberá sopesar la conveniencia de adelantar la efectividad de las medidas de cesación y, a la par, el plazo en que estas medidas pueden permanecer vigentes antes de interponer la demanda principal. En todo caso, corresponderá a la entidad habilitada acreditar qué razones de urgencia sustentan su solicitud o en qué extremo la audiencia previa a las partes -prevista en la tramitación ordinaria (art. 733.1 LEC)- puede comprometer el buen fin de la medida solicitada³¹.

²⁹ Como señala la Circular FGE 2/2018, de 1 de junio, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios “tanto en el marco de la acción individual como en el de la colectiva, la adopción de medidas cautelares constituye una parte importante de la tutela jurisdiccional”

³⁰ Sin embargo, ello no ha impedido que se posibilite a los Estados miembros incluir una consulta previa al empresario infractor antes de ser demandado con el fin de que tenga la oportunidad de poner fin a la infracción que sería objeto de la acción de representación. Obviamente esta consulta previa no se contempla cuando con la acción de cesación se persiga la adopción de medidas provisionales (art. 8.4 Directiva).

³¹ Para J.C. ORTIZ PRADILLO, la urgencia y necesidad de la medida cautelar previa a la interposición de la demanda se refieren, no tanto a la inminente necesidad de garantizar la efectividad de lo que se resuelva en el proceso principal como a la urgente

33. En esta dirección se hace preciso valorar las dificultades que habitualmente presentan las reclamaciones colectivas, pero nos posicionamos en el sentido de no hacer recaer sobre estas dificultades las razones de urgencia o necesidad que sustentan una petición cautelar previa a la demanda y sí, por el contrario, atender al *periculum* derivado de la conducta que pueda adoptar el empresario al tiempo de conocer la solicitud de la medida y al perjuicio actual en los derechos e intereses de los consumidores.

2. Medidas resarcitorias

A) Contenido

34. A través de las acciones de representación también puede pretenderse la reparación de los daños causados a los consumidores por las prácticas ilegales que vulneran derechos reconocidos en el ámbito de la Unión. Con ello se culmina una meta largamente ambicionada por las instituciones europeas como se constata en la Recomendación de 2013 y en el Informe sobre dicho texto de 2018 que evidencian la gran divergencia entre los Estados miembros en cuanto a la disponibilidad y naturaleza de los mecanismos de recurso colectivo de naturaleza indemnizatoria³².

35. Así, la nueva Directiva afronta el contenido de las medidas resarcitorias extendiéndolo a un amplio abanico de prestaciones de gran repercusión práctica para el consumidor como son la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado. Todo lo cual nos indica que la lesión del derecho o interés del consumidor no se aborda desde un mismo plano jurídico en todas y cada una de las situaciones que pueden provocarla³³.

36. Pero lo cierto es que al margen del mandato contenido en la Directiva europea nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la tutela colectiva de los consumidores que excede de la mera cesación³⁴, aunque haya sido entendida con carácter accesorio y vinculada necesariamente a acciones expresamente tipificadas³⁵. Buen ejemplo de ello lo constituye la LGDCU que contempla la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos como un derecho básico de los consumidores (art. 8.1 c). También la legislación sectorial ha resaltado el ejercicio de la acción de resarcimiento como acumulada a la principal de cesación, aspecto al que nos referiremos a continuación.

37. En definitiva, nuestro sistema procesal permite formular tanto acciones de cesación como resarcitorias, pero han sido éstas las que han encontrado mayores obstáculos a la hora de su planteamiento por una entidad o asociación de consumidores³⁶. Por esa razón, el actual marco jurídico que proporciona la Directiva debe propiciar un cambio sustancial en el planteamiento procesal del ejercicio de la acción colectiva resarcitoria³⁷.

necesidad de garantizar la efectividad de la propia medida que se solicita en “Competencia judicial internacional y medidas cautelares: hacia una tutela cautelar en el proceso civil europeo convergente con los ordenamientos nacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020, p. 1348.

³² Vid. notas 3 y 4. Por el contrario, el recurso colectivo en forma de acción de cesación en materia de consumo existe en todos los Estados miembros incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a las acciones de cesación que ahora es derogada por la Directiva 2020/1828.

³³ Sobre la función resarcitoria señala E. LLAMAS POMBO que, en puridad, tiende a restablecer la economía del acreedor, a compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la obligación originaria. Pero, sostiene este autor, que el Código Civil contiene otros remedios que tienden al cumplimiento y por ello persiguen la satisfacción del interés del acreedor, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, La Ley, Madrid, 2020, p. 260.

³⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010, p. 113.

³⁵ STS de 7 de julio de 2020, rec. n.º 4524/2017.

³⁶ M. GARCÍA VILA, “El objeto del proceso en materia de consumidores y usuarios: pretensiones ejercitables y acumulación de acciones” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por Barona Vilar, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p.287.

³⁷ El valor interpretativo de la nueva Directiva se ha puesto de manifiesto en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 25 de enero de 2021 (n.º 36/2021) para *Dieselgate* en España que estima la demanda colectiva de la Organización

B) Acumulación de la acción resarcitoria a una de cesación

38. El artículo 16 de la Directiva señala que el ejercicio de acciones de cesación debe llevar añadido el efecto de interrumpir los plazos de prescripción, de manera que no se impida a los consumidores afectados por la acción de cesación el posterior ejercicio de una acción para obtener medidas resarcitorias por la comisión de la presunta infracción. Pero la acción resarcitoria no tiene por qué suceder necesariamente a la acción de cesación. Dicho en otras palabras, nada impide que las entidades habilitadas opten por entablar una única acción de representación que comprenda tanto medidas de cesación como resarcitorias tal y como expresa el artículo 7.5 de la Directiva. Hablamos entonces del ejercicio acumulado de ambas acciones para que sean resueltas en una única resolución, lo que resulta lógico dado que tienen una misma causa de pedir y se aprovecha un mismo procedimiento para encauzar más de una acción (economía procesal).

39. Como se ha dicho antes, el instituto de la acumulación objetiva de acciones en los conflictos de consumo tampoco es desconocido en nuestro ordenamiento³⁸. Así, en el ámbito concreto de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se permite acumular a la acción de cesación la de devolución de cantidades y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de las condiciones que se reputen nulas (art. 12.2). Igualmente cabe citar la LGDCU (art. 53.2) y Ley de Competencia Desleal que prevé expresamente la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (art. 32.1).

40. Ahora bien, este reconocimiento expreso no ha sido suficiente para reforzar la tutela judicial efectiva de los intereses colectivos de los consumidores. De hecho, la doctrina procesal advierte sin paliativos sobre la quiebra de la eficiencia judicial en la que puede derivar la acumulación objetiva de acciones propias de la denominada tutela abstracta con acciones de naturaleza resarcitoria³⁹. En efecto, la acción de cesación -en tanto que colectiva- pretende un control abstracto que no tiene como fin principal la defensa de intereses patrimoniales de personas concretas que sí cabe reconocer en la accesoria aun cuando ambas acciones puedan estar relacionadas entre sí. Esta circunstancia está provocando posicionamientos judiciales que resuelven sobre la inconveniencia de esta acumulación destacando la atención exclusiva que merece el objeto del proceso sobre el principio de economía procesal⁴⁰.

41. Desde esta perspectiva, y dado que la Directiva se limita a reconocer la posibilidad de acumular ambas acciones en el marco de un recurso colectivo de representación, le corresponde a nuestra legislación procesal acometer el régimen jurídico de las acciones colectivas de resarcimiento y, en el caso concreto de contemplar su acumulación a las acciones de cesación, determinar unas exigencias legales o reglas específicas de acumulación (en forma de requisitos y prohibiciones de acumulabilidad) con el fin de evitar que se produzcan demoras excesivas en su tramitación procesal que no hagan sino ahondar en esa falta de eficiencia ya detectada⁴¹.

de Consumidores y Usuarios y obliga a indemnizar por daños y perjuicios a la entidad demandada reforzando su conclusión con lo dispuesto en la normativa europea pues “nace para el Juez nacional una obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva, incluso aunque no haya concluido el plazo de transposición, desde su misma entrada en vigor”. La sentencia ha sido recurrida en apelación.

³⁸ M. ARIZA COLMENAREJO, *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Aranzadi, 2012, p. 152; J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas” en *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coords. T. ARMENTA DEU y S. PEREIRA PUIGVERT, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 86.

³⁹ A. FERRERES COMELLA, I. DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., M. AGUILERA MORALES, “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Diario La Ley*, n.º 9938, 2021, p.6 (edición digital).

⁴⁰ Sobre este extremo se pronuncia la SAP de Bizcaia de 13 de septiembre de 2021 rec. n.º 1622/2020 - y las que cita-. Vid. también los inconvenientes derivados del procedimiento de trámite en M. ARIZA COLMENAREJO, op. cit., p. 155.

⁴¹ Acerca de la interpretación restrictiva de los presupuestos de admisión de la acumulación M. ORTELLS RAMOS “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España” en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, dir. A. MONTESINOS GARCÍA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 95.

3. La decisión de inadmisión de la acción de representación

42. La Directiva se refiere a esta cuestión diciendo que los Estados miembros deberán permitir que los órganos jurisdiccionales “puedan decidir desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento de conformidad con el Derecho nacional” (art. 7.7). Se trata, en todo caso, de un trámite sobre el que ya se pronunciaba -aunque sin fuerza normativa- la Recomendación de 2013 en materia de mecanismos de recurso colectivo instando a los Estados miembros a introducirlo en sus respectivas legislaciones.

43. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, dada la parquedad con que esta cuestión ha sido abordada por la LEC, la Directiva brinda la ocasión para configurar convenientemente un trámite de admisión de la demanda de representación sobre el que, a nuestro parecer, deben tomarse en consideración diversos aspectos.

44. En primer término, el mencionado trámite de admisión debería ser concebido como una obligación legal del juez que responde a una finalidad razonable y precisa como es el examen de los requisitos necesarios para fundar una acción de representación⁴². De esta forma, aquellos asuntos que a la vista de la información facilitada por la entidad legitimada en su demanda no reúnan los requisitos de la acción colectiva o fueran manifiestamente infundados, no proseguirán su tramitación decidiendo el juez por auto su inadmisión.

45. Precisamente, en relación con estos requisitos, la Directiva no proporciona un criterio del que servirnos, aunque sugiere que sean tenidos como tales:

- a) A los efectos de la admisibilidad de la demanda para obtener medidas resarcitorias: la determinación del grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales y la concurrencia de un número mínimo de consumidores afectados en tanto que se trata de una acción de representación. Ambos requisitos deberían ser incorporados a nuestro sistema de tutela colectiva, si bien, precisando con exactitud su verdadero alcance para que realmente resulten operativos.
- b) Por lo que se refiere a las acciones de cesación, la legitimación de la entidad demandante ha sido el criterio sobre el que tradicionalmente ha recaído el examen de admisibilidad de la demanda colectiva. A ello debe añadirse que el artículo 8.4 de la Directiva faculta a los Estados miembros a introducir como requisito de admisibilidad la consulta previa de la entidad habilitada al empresario a modo de requerimiento para que cese en la conducta infractora antes de interponer la acción judicial⁴³.

⁴² Sobre el carácter jurisdiccional de este trámite y las facultades del juez F. ORTEGO PÉREZ, “Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la praxis”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 52, 2020, p.15 (edición digital). Sin embargo, más discutible nos parece la afirmación acerca de la consideración del control judicial como instrumento que sirve para equilibrar las posiciones procesales de las partes (consumidores y profesionales). Este planteamiento tradicional en las relaciones de consumo merece, en nuestra opinión, una revisión a la luz de los postulados que plantea la nueva Directiva en torno a la condición de entidad habilitada para el ejercicio de la acción colectiva.

⁴³ Dice el artículo 8.4: “Los Estados miembros podrán introducir disposiciones en el Derecho nacional o mantener disposiciones de Derecho nacional por las que solo se permita a una entidad habilitada solicitar las medidas de cesación previstas en el apartado 1, letra b), previa consulta al empresario de que se trate, para que este cese la infracción a que se refiere el artículo 2, apartado 1. Si el empresario no cesa la infracción en un plazo de dos semanas la fecha de recepción de una solicitud de consulta, la entidad habilitada podrá ejercitar de inmediato una acción de representación para solicitar una medida de cesación”. Realmente la búsqueda de mecanismos que eviten la judicialización de los conflictos de consumo estableciendo un intento de arreglo a través del acuerdo entre las partes no es nueva. Para mayor detalle M. ARIZA COLMENAREJO, *op. cit.*, p. 43. Resulta interesante en este contexto la lectura del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (BOCG de 22 de abril de 2022) que potencia la utilización de instrumentos previos a la iniciación de la vía jurisdiccional a los que da el valor de requisito de procedibilidad. De esta forma en el proceso civil, para que sea admisible la demanda será necesario acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias siendo tenidos como tales “cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”.

46. De otra parte, y sin terciar en el debate acerca de la conveniencia de que la reforma de nuestra legislación exigida para la transposición de la Directiva interese la introducción de un nuevo proceso especial en la LEC o se mantenga como un proceso ordinario con especialidades, el trámite de admisión -es obvio-, hay que situarlo al inicio del proceso (“fase más temprana” en palabras de la Directiva)⁴⁴. Además, nos parece importante subrayar la necesidad de sujetarlo al principio de contradicción⁴⁵, pues no de otra forma podría entenderse el derecho a un proceso público con todas las garantías. Ello supone dar traslado de la demanda de la acción de representación al profesional demandado a fin de que pueda rebatir y razonar sobre la admisión.

47. En ese sentido, abundamos en que el control del juez en esta fase o trámite lo es en garantía de la admisibilidad por lo que se hace preciso rodearlo de salvaguardas suficientes, especialmente de aquellas que posibilitan el equilibrio procesal de las partes.

IV. Configuración del interés colectivo y descripción del grupo de consumidores a efectos resarcitorios

48. El artículo 2 de la Directiva, al referirse a su ámbito de aplicación, establece que las acciones de representación se ejercitan frente a actos de empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión recogidas en el anexo I, incluidas las disposiciones de transposición al Derecho interno de aquéllas, que perjudiquen o puedan perjudicar “los intereses colectivos de los consumidores”.

49. La protección del interés colectivo se presenta, pues, como el fin u objetivo perseguido por la Directiva europea. Se trata de un tipo de interés grupal precedido de una amplia discusión doctrinal que ha procurado destacar sus rasgos diferenciadores⁴⁶. Genéricamente, el interés colectivo atiende a un hecho o acto jurídico que afecta a un conjunto de ciudadanos o a un grupo de personas no determinado superando, por tanto, el mero interés individualmente considerado⁴⁷. Sin embargo, lo anterior no quita para que pueda afirmarse que la protección de los intereses colectivos responde también a una afectación individual sólo que se extiende o puede llegar a extenderse a una pluralidad de afectados, a los integrantes de una colectividad.

50. Dicho lo anterior, la regulación de nuestro sistema de tutela colectiva en la LEC parte de una premisa básica que distingue entre intereses colectivos e intereses difusos⁴⁸. Esa distinción compromete decididamente no sólo el modo de identificar a los consumidores afectados, sino que alcanza también a la transmisión de información y a su intervención en el proceso (art. 15 LEC). Se trata de cuestiones procesales esenciales por cuanto están en clara relación con el derecho de acceso del consumidor a la justicia (art. 24 CE y 7.3 LOPJ)⁴⁹ y que, a nuestro entender, deberían ser objeto de profunda revisión con ocasión de una reforma de la LEC que encare las demandas europeas. En ese sentido debe tomarse en consideración que la Directiva define el interés colectivo como un “interés general” (art. 3) en clara refe-

⁴⁴ La doctrina procesal se refiere a una fase de certificación al estilo de las *class actions* estadounidenses para los mencionados fines de control de la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de la demanda. En ese sentido A. FERRERES COMELLA, I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, M. AGUILERA MORALES, op. cit., p.9

⁴⁵ V. MAGRO SERVET, “Doctrina jurisprudencial sobre acciones colectivas en el proceso civil”, *Práctica de los Tribunales: revista de Derecho procesal civil y mercantil*, núm. 150, 2021, p.4 (edición digital).

⁴⁶ Un exhaustivo análisis terminológico en L. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁴⁷ V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 99

⁴⁸ Y. DOIG DÍAZ, en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, coord. por Asencio Mellado, La Ley, Madrid, 2013, p. 96.

⁴⁹ Sobre la relación entre los mecanismos colectivos de litigación y el derecho a la tutela judicial efectiva vid. A. PLANCHADELL GARGALLO, “Acciones colectivas y acceso a la justicia” en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, dir. A. MONTESINOS GARCÍA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p.177.

rencia a los consumidores en su conjunto, determinados o indeterminados⁵⁰. Así pues, desde el momento en que la acción colectiva se concibe como un mecanismo procesal destinado no sólo a obligar a los empresarios a cesar (de presente y futuro) en determinadas conductas infractoras sino también a alcanzar soluciones reparadoras e indemnizatorias, el “interés” protegido no puede referirse ya un interés meramente colectivo o general, sino que integra igualmente los intereses de un “grupo de consumidores”.

51. Consecuentemente, la protección de los intereses colectivos a través de la acción de representación exige atender a la confluencia de distintos intereses: el interés general de los consumidores y el interés de un grupo de consumidores a efectos resarcitorios. Este planteamiento obliga a establecer previsiones específicas en la tutela judicial de cada uno de ellos. Luego puede concluirse que afrontar la configuración del interés colectivo como un interés general, desligado del consumidor concreto y no susceptible de parcelación, no ha impedido reconocer que sí pueda serlo de manera refleja en sus consecuencias.

52. De esta forma, y siendo relevante en el tema que nos ocupa, la Directiva propugna una tutela colectiva resarcitoria sin perjuicio de la consideración individual del consumidor afectado y potencial beneficiario de las soluciones que este tipo de tutela dispensa. En esa línea, el artículo 9.5 de la Directiva exige que la solicitud de medidas resarcitorias contenga una descripción del grupo de consumidores afectados por la infracción para los casos en que la entidad habilitada no pueda especificar de manera individual a los consumidores perjudicados que tienen derecho a tales soluciones⁵¹.

53. En ese aspecto hay que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la averiguación de los integrantes del grupo de afectados, a fin de iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, está prevista como diligencia preliminar encaminada a preparar el juicio (art. 256.1. 6º LEC)⁵². Sin embargo, la propia norma limita su ámbito de aplicación a los casos en que no estando determinados los afectados -lo que vendría a justificar su solicitud-, resulten fácilmente determinables (art. 11.2 LEC). Es decir, excluye los denominados intereses difusos recogidos en el artículo 11.3 de la LEC, precepto que prevé los supuestos en los que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación⁵³.

54. Por eso, como no siempre se está en condiciones de determinar el grupo de afectados por una práctica abusiva o ilícita y exigirlo así haría cuestionar la viabilidad de las medidas resarcitorias en casos de daños masivos con perjudicados que pueden estar extendidos en todo el territorio de la Unión, nos parece más acertado el enfoque que la Directiva otorga a esta problemática dado que no persigue “concretar a los integrantes del grupo de afectados”, como señala expresamente la LEC para sus actuaciones preliminares, sino que exige a la entidad legitimada una descripción o delimitación del grupo cuyo interés ha resultado lesionado, en tanto que acción de representación.

55. Ahora bien, la Directiva no establece ninguna condición o requisito que los Estados deban implementar a la hora de constituir el grupo de consumidores afectados, aunque sí observamos algunas previsiones que deben ser tenidas en cuenta de cara a la reforma de nuestra legislación procesal.

⁵⁰ En esa línea ya apunta en Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 «perjuicios a los intereses colectivos de los consumidores»: todo perjuicio real o potencial para los intereses de varios consumidores afectados por infracciones dentro de la Unión, infracciones generalizadas o infracciones generalizadas con dimensión en la Unión.

⁵¹ Vid. también en el mismo sentido Considerandos 34, 49 y 50 de la Directiva.

⁵² Extensamente sobre esta diligencia S. BARONA VILAR, “Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados (ante la expectativa de un proceso futuro para la defensa de los intereses colectivos)” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por la misma autora, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 180.

⁵³ En realidad, bien mirado son las dificultades de identificación de los sujetos afectados lo que caracteriza a ambos tipos de interés -colectivo y difuso- de ahí que no siempre resulte justificada la opción de nuestro legislador. Vid. E. MARTÍNEZ GARCÍA, “Comentario a la STS de 15 de julio de 2010”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 86, 2011, p. 1048.

56. Así, los Estados miembros podrán exigir que algunos consumidores se incluyan en la acción de representación antes de que ésta se ejercite a través del mecanismo de inclusión voluntaria (sistema opt-in) y siempre dejando a salvo la posibilidad de beneficiarse directamente de una medida resarcitoria sin participación previa en la acción de representación (considerando cuadragésimo séptimo). De otra parte, se dispone también que el tribunal podrá desestimar los asuntos manifiestamente infundados -trámite de admisión- tan pronto reciba la información necesaria (considerando trigésimo noveno). Dicha información se extiende, entre otros extremos, a la descripción del grupo perjudicado por la infracción (considerando cuadragésimo noveno). Finalmente, las legislaciones internas podrán establecer un número mínimo de afectados para que el asunto sea admitido a trámite como acción de representación (considerando décimo segundo).

57. A nuestro juicio, la conformación del grupo de afectados de cara al ejercicio de la acción de representación para la obtención de medidas resarcitorias debe posibilitar, en todo caso, el acceso de los consumidores a la justicia sin perjuicio de introducir las cautelas necesarias que eviten un uso espurio de la acción colectiva. El legislador deberá sopesar entonces la eventual inclusión de un número mínimo de perjudicados por el hecho dañoso o, al menos, un número suficientemente representativo de consumidores atendiendo al ámbito de afectación del conflicto para fundar la acción colectiva, de manera que, en todo caso, quede centrado el debate en modo tal que el tribunal pueda resolver que el asunto es apto para tramitarse como acción de representación con arreglo a la naturaleza de la infracción y las características de los daños o perjuicios sufridos por los consumidores afectados.

58. De otro lado, es evidente que para que una acción de representación resulte eficaz es necesario contar con un mecanismo de publicidad e información⁵⁴. La Directiva aborda esta cuestión de forma genérica, sin diferenciar entre las acciones de cesación y las resarcitorias (art. 13.1) aunque, sin duda, es en el terreno de las medidas reparadoras donde la difusión de la información resulta especialmente exigible a fin de que los consumidores puedan expresar su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada y, lo que es más importante, quedar vinculados por el resultado de dicha acción, aspectos a los que nos referiremos más adelante.

V. El ejercicio de la acción de representación por la entidad habilitada

59. La protección de los intereses colectivos de los consumidores a través de las acciones de representación está encomendada a las denominadas entidades habilitadas. Son estas entidades las llamadas a asumir la posición demandante por lo que ostentarán derechos, cargas y obligaciones derivadas de esa posición procesal haciendo valer en el proceso derechos e intereses que no son propios, sino de los consumidores a los que representan.

60. Partiendo de esta idea se plantean dos cuestiones fundamentales: por un lado, la determinación de los criterios de designación como entidad habilitada y, por otro, su legitimación procesal para actuar en un proceso colectivo.

1. Designación

61. Los Estados miembros son soberanos a la hora de establecer los criterios de designación de las entidades habilitadas siempre que no obstaculicen el funcionamiento efectivo de las acciones de

⁵⁴ Como señala R. GARCÍA -VARELA IGLESIAS, “el conocimiento de las actuaciones a quienes estén legitimados para ello se encuentra entrelazado de forma directa con diversos derechos como el de la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa puesto que, sin conocimiento íntegro del proceso, no se podría hablar de ejercicio de dichos derechos, por estos motivos el derecho de acceso al proceso debe entenderse como un instrumento del derecho de defensa” en “Mecanismos procesales, efectos y jurisprudencia sobre la intervención de terceros inicialmente no demandados en el proceso civil”, *Diario la Ley*, n.º 9945, 2021, (edición digital).

representación. No obstante, es importante subrayar dos aspectos: 1) la designación de una organización o asociación como entidad habilitada debe realizarse con carácter previo al ejercicio de la acción colectiva (arts. 5.1 y 2 y 6.1 Directiva) y 2) la designación predeterminada es la opción preferente de la Directiva frente a la designación *ad hoc* que no se contempla para las acciones transfronterizas y que se subordina al cumplimiento de los criterios de designación previstos en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro⁵⁵.

62. Atendiendo al texto de la propia Directiva encontramos en el artículo 4.3 los criterios de designación que debe cumplir la entidad habilitada para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas sin que se contemplen criterios específicos para las entidades nacionales. Ello no impide que los Estados miembros puedan extender estos mismos criterios de designación a las entidades habilitadas únicamente para ejercitar acciones de representación nacionales⁵⁶. En otras palabras, el legislador europeo sólo obliga a cumplir los criterios de la Directiva cuando se trata de ejercitar una acción transfronteriza al objeto de homogeneizar los requisitos de legitimación en relación con las acciones colectivas dado que pueden diferir de un Estado a otro⁵⁷.

63. La propia Directiva alude a las asociaciones de consumidores como las entidades mejor posicionadas para asumir la representación colectiva. También las Conclusiones del Consejo sobre la Nueva Agenda del Consumidor (2021/C 54/05) apuntan a la necesidad de utilizar plenamente el potencial de las organizaciones de consumidores para proteger mejor los intereses colectivos de los consumidores, sin perjuicio de autorizar a los Estados miembros a incluir organismos públicos entre las entidades habilitadas⁵⁸.

64. Por tanto, el legislador europeo ha querido desde un primer momento desde un primer momento facilitar la intervención pública como medio de garantizar las disposiciones de la Directiva al tiempo que evitar la intromisión de grupos de presión con capacidad para influir en la toma de decisiones en los sectores más sensibles de las relaciones de consumo⁵⁹.

2. Legitimación

65. Cuando legalmente se atribuye legitimación a persona distinta del titular de la relación jurídica u objeto litigioso nos encontramos ante supuestos de legitimación extraordinaria. Este tipo de

⁵⁵ “La presente Directiva no debería incentivar a los Estados miembros a introducir la posibilidad de designar a entidades habilitadas con carácter *ad hoc*. No obstante, a los efectos de las acciones de representación nacionales, los Estados miembros también deben poder designar a entidades habilitadas con carácter *ad hoc* para ejercitar una determinada acción de representación nacional” (Considerando núm. 28).

⁵⁶ Los requisitos más comunes, tanto en las acciones de indemnización como de cesación, aplicados por los Estados miembros atañen al carácter no lucrativo de la entidad y la importancia del objeto del asunto para los fines de la organización (Informe de la Comisión de 2018 sobre la aplicación de la Recomendación de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización)

⁵⁷ A tales efectos, la Directiva impone a los Estados miembros la elaboración de una lista con la identificación de las entidades que hayan sido habilitadas para ejercitar una acción en representación de los consumidores afectados por la infracción.

⁵⁸ En el caso específico de nuestra regulación, las asociaciones de consumidores y usuarios cuentan con una amplia trayectoria y reconocimiento en el marco de la tutela de derechos e intereses colectivos. Son definidas en el artículo 23.1 del LGDCU como “las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados”. Igualmente, se las señala como el cauce más adecuado para la defensa del interés colectivo, tanto en vía judicial como arbitral, T. CARRANCHO HERRERO, *Las asociaciones de consumidores y usuarios*, Reus, Madrid, 2016, p. 13.

⁵⁹ En esa línea se inscriben las fuentes de financiación de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias a cargo de la entidad habilitada (art. 10.3 Directiva). Vid. sobre este extremo J. MARTÍN PASTOR, “La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación”, en *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coords. T. ARMENTA DEU y S. PEREIRA PUIGVERT, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 113.

legitimación es la que se confiere en la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (art. 11.1). En concreto: cuando se trata de acciones dirigidas a obtener la tutela de intereses colectivos, la legitimación activa se reconoce por el artículo 11.2 de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y a los propios grupos de afectados.

66. Ahora bien, si se trata, del ejercicio de acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, la atribución de legitimación es mucho más restrictiva, ya que el artículo 11.3 de la LEC la reconoce exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Es decir, para considerar procesalmente legitimada a una asociación de consumidores no basta con acreditar estar defendiendo un interés colectivo o realizar una determinada actividad de consumo -dentro de su función genérica de representación y defensa de los intereses de los consumidores y usuarios-, sino que deben ostentar legalmente una cierta representatividad⁶⁰. De esta forma, resulta que la actual regulación de la tutela colectiva de naturaleza reparadora en nuestro sistema procesal sólo contempla a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y al Ministerio Fiscal como los únicos legitimados.

67. En este escenario y dado que la Directiva impone a los Estados miembros la designación de las entidades habilitadas para formular demandas colectivas tanto de cesación como de resarcimiento, se plantea la cuestión acerca de si el legislador interno va a mantener que solo sea aceptada la legitimación para formular acciones resarcitorias a ciertas entidades u organismos o, si por el contrario, va a aprovechar la incorporación de la Directiva para ampliar la legitimación para formular demandas colectivas reparadoras a otras asociaciones u organizaciones⁶¹.

68. En todo caso parece lógico que en esta materia se aborden ciertos reajustes legales. Concretamente se debe modificar el artículo 6.1. 7º de la LEC que es la norma que regula la capacidad del grupo de consumidores y usuarios para demandar en juicio, dado que, como se ha comentado antes, la Directiva otorga ahora la legitimación procesal a las entidades habilitadas en representación del grupo de afectados por lo que no se compromete el acceso del consumidor a la jurisdicción.

69. De otra parte, merece especial consideración la legitimación del Ministerio Fiscal cuya intervención está prevista en términos amplios en el artículo 11.5 de la LEC y se ha considerado incluso como la institución idónea para la tutela de los intereses colectivos⁶². Por tanto, todo apunta a que el legislador mantenga esta legitimación en su mismo grado interesando, la adopción de la postura que resulte más ajustada al principio de legalidad.

VI. Efecto vinculante de la sentencia

70. Como se ha expuesto, la Directiva ha conferido a las entidades habilitadas la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación o resarcimiento. Son estas entidades las llamadas a asumir la posición demandante lo que se traduce en que, en cuanto a tal, ostentarán derechos, cargas y obligaciones derivadas de esa posición procesal. Pero, en tanto que acción de representación, resulta clave definir la extensión subjetiva de la sentencia que se dicte. Dicho de otro modo, el legislador español

⁶⁰ En palabras de la STS de 25 de octubre de 2019, rec. n.º 725/2017, deben ostentar “una cierta representatividad en este sector de la vida económica y social”.

⁶¹ Asimismo, la legitimación de las entidades habilitadas en el sentido que dispone la Directiva disipa la duda sobre el traslado de la legitimación individual a las asociaciones A. SALAS CARCELLER, “El ámbito de la legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, *Actualidad Civil*, n.º 12, 2020, p. 2.

⁶² S. COROMINAS BACH, *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 186. Vid. la figura del Fiscal de Consumo en la Circular de 1 de junio de 2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios.

deberá definir el sistema o modelo por el que los consumidores representados van a quedar vinculados a lo que disponga la sentencia dictada en el proceso colectivo.

71. El telón de fondo lo constituyen dos sistemas sobre los que pivota el régimen de vinculación al resultado del proceso. Estos principios son el de exclusión voluntaria, en el que los consumidores quedan vinculados por la sentencia que se dicte, salvo que expresamente manifiesten su deseo de quedar excluidos (sistema opt-out), y el de participación voluntaria, en el que la cosa juzgada solo alcanza a los consumidores que expresamente hayan manifestado su intención de quedar vinculados a lo dispuesto en la sentencia (sistema opt-in)⁶³.

72. Sobre la LEC y su adscripción a uno u otro sistema existe una extensa aportación doctrinal que ha examinado esta disyuntiva desde distintos ángulos teniendo siempre como eje principal los artículos 222.1, 222.3 y 519⁶⁴. No es nuestra intención avanzar en esa dirección ni ser reiterativos, pero sí destacar al menos que el efecto vinculante de la sentencia que se dicta en el contexto de una tutela colectiva no cuenta con una interpretación unánime, de ahí que resulte acuciante que el legislador establezca un marco regulador definido que pasa, en primer lugar, por la elección de un sistema opt-in/ opt-out o, en palabras de la propia Directiva “una combinación de ambos”. La doctrina procesal apunta ya hacia esta última posibilidad⁶⁵, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que no se parte de un sistema plenamente consolidado ni funcional. Así las cosas, la opción de un sistema mayoritariamente opt-out con concesiones -que deberán ser definidas por el legislador- al sistema opt in, parece ser la vía más plausible.

73. Ahora bien, independientemente del sistema que sea aplicable en cada caso, la Directiva impone a los Estados miembros un conjunto de exigencias mínimas pero importantes dado que inciden en las consecuencias que se derivan para los consumidores afectados⁶⁶. En ese sentido, una futura regulación en esta materia debería integrar un régimen de publicidad e información sobre la interposición de la acción de representación. No de otra manera puede pretenderse un posicionamiento del consumidor respecto de una decisión que puede afectarle y quedar vinculado automáticamente.

74. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, se hace preciso mencionar el artículo 15 de la LEC que en nuestro ordenamiento regula la publicidad e intervención en procesos sobre tutela colectiva. Esta norma se refiere de manera genérica a la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión del interés protegido⁶⁷. Sin embargo, seguidamente, diferencia las consecuencias de la publicación en función de la determinación y localización de los consumidores afectados (arts. 15.2 y 3), utilizado una

⁶³ La Recomendación 2013 insta a los Estados miembros a optar por el sistema opt-in a fin de evitar los litigios abusivos en los que las partes están implicadas sin su consentimiento expreso. También la Directiva impone el modelo opt-in en aquellos supuestos en los que los consumidores no tengan su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa ante el que se ejercite la acción de representación (acción de representación transfronteriza). En tal caso será necesaria la manifestación expresa de la voluntad del consumidor para quedar vinculado a la sentencia que se dicte (art. 9.3). Sobre ambos sistemas S. COROMINAS BACH, op. cit., p. 169.

⁶⁴ Un repaso a los distintos posicionamientos doctrinales sobre el régimen seguido en la LEC en M. ORTELLS RAMOS. Para este autor “la imprecisión legal convierte en cuestión dudosa” lo que en realidad debería ser una nítida regulación para que resultara operativa y funcional en la práctica, op. cit., p.62.

⁶⁵ A. FERRERES COMELLA, I. DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, M. AGUILERA MORALES, op. cit., p.11.

⁶⁶ En este punto interesa prestar atención al apartado 2 del artículo 9 de la Directiva sobre la acción de representación para obtener medidas resarcitorias: “Los Estados miembros regularán la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad, dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado dicha acción de representación, de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación”.

⁶⁷ La LEC exceptúa de la obligación de la publicidad a los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación (art. 15.4), dado que al tratarse de tutela abstracta vinculan solamente al empresario infractor, mientras que el efecto de la sentencia sobre los consumidores “es meramente reflejo”, F. CORDÓN MORENO, “Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.º 31, 2017, p. 239.

técnica legislativa confusa e incluso de difícil explicación que a la postre influye en la personación de los interesados en el proceso donde se ejercitan sus derechos.

75. En relación con esta cuestión, desde las instituciones europeas se incita a los Estados miembros a implantar una suerte de información general fundamentada en bases de datos electrónicas de acceso público a través de sitios web, ya sea de la entidad o del propio empresario (art. 14 Directiva). En todo caso, y sin perjuicio de seguir manteniendo los cauces de información del artículo 15.1 de la LEC, lo que se espera es complementarlos con otros soportes exentos de cualquier complejidad, al alcance de los consumidores, pudiéndose establecer para ello plataformas virtuales de sencillo manejo tan recurrentes en los últimos tiempos de pandemia.

76. Por otra parte, el alcance de la información se presenta igualmente trascendente ya que se obliga a los Estados miembros a publicar no sólo la intención de la ejercer la acción sino también el estado de su tramitación procesal y el resultado obtenido (art 13 Directiva). De esta forma, la interposición de la acción de representación obliga a establecer una norma específica en materia de litispendencia dado que los consumidores que hayan manifestado expresa o tácitamente su voluntad de ser representados no pueden serlo “en otras acciones de representación con el mismo objeto y causa contra el mismo empresario, ni puedan ejercitar acciones individualmente con el mismo objeto y causa contra el mismo empresario” (art. 9.4 Directiva).

77. Ahora bien, si importante es garantizar que llegue a conocimiento de los consumidores afectados el ejercicio de una acción de representación, no lo es menos el poder desvincularse de la misma o adherirse una vez planteada. Son, por tanto, dos cauces que el legislador debe incorporar al procedimiento colectivo.

78. En definitiva, no se trata tanto de legislar con orientación tuitiva hacia el consumidor -representado por una organización con medios e implantación suficiente- como de evitar un menoscabo en su derecho a la tutela judicial efectiva.

VII. Valoración final

79. La aprobación de la Directiva 2020/1828 ha vuelto a poner el foco de atención en la protección de los derechos e intereses de los consumidores. A partir de su incorporación a las legislaciones internas, el recurso colectivo en forma de acción de representación pasará a ser el instrumento procesal a través del que las entidades habilitadas -designadas para este fin- pueden solicitar medidas de cesación y/o resarcimiento para los consumidores afectados por una práctica ilícita, incluso en situaciones transfronterizas. Con esta finalidad u objetivo el nuevo texto normativo se cohesionará con otros ejes de actuación que definen la política europea de los últimos años en materia de consumo.

80. Ahora bien, la articulación de este mecanismo no resulta sencilla y, sin duda, va a requerir la reforma de nuestro sistema procesal, como hemos venido reivindicando a lo largo de estas líneas. El alcance de esta reforma está por definir. Pero es claro que la Directiva supone una oportunidad para corregir los desajustes que se evidencian en la actual regulación de la tutela judicial colectiva en la LEC.

81. A modo de conclusión, terminamos nuestra exposición con unos breves apuntes para la reflexión.

82. El primero de ellos enlaza o resume la exposición hasta aquí realizada. En ese sentido, y por lo que se refiere a la ordenación de la tutela colectiva en nuestro país, insistimos una vez más en que su dispersión normativa dificulta enormemente la comprensión sistemática de los preceptos legales dedicados a las acciones colectivas de consumidores y usuarios. Además, la especificidad propia del

ejercicio de derechos que no pertenecen a una persona o grupos de personas concretas no ha encontrado acomodo en las normas comunes que explican el proceso civil.

83. De otra parte, no podemos perder de vista el actual contexto legislativo, y muy significativamente el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG de 22 de abril de 2022). Su Exposición de Motivos declara la necesidad de afianzar el acceso a la justicia para “consolidar de derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas”, al tiempo que alerta sobre la tarea de potenciar “mecanismos eficientes para acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial”.

84. En esa línea, bien porque lo requiere la transposición de la propia Directiva, bien por la exigencia de legislar atendiendo a la actual realidad social y económica, el mecanismo de la acción de representación, adecuadamente configurado y superando los desajustes detectados en el sistema de tutela colectiva actual, podría responder a la eficiencia procesal que el citado Proyecto de Ley preconiza.

85. Hacer efectiva una auténtica protección de los derechos legalmente reconocidos a los consumidores, disuadir de comportamientos o prácticas ilícitas y el reforzamiento en las vías de acceso a la justicia, son tres elementos que justifican la reforma de la legislación procesal.

86. Finalmente, no debe olvidarse que lo anterior no impide explorar otros cauces de solución de controversias en vía no jurisdiccional⁶⁸. Por esa razón, las reformas legales proyectadas no deberían eludir esta posibilidad para conflictos que afecten a los intereses colectivos de los consumidores y que por su propia idiosincrasia puedan encontrar dificultades de resolución en el devenir procesal.

⁶⁸ Vid. en ese sentido la exposición de D. MARCOS FRANCISCO, “¿Existe un verdadero arbitraje de consumo colectivo en España? Propuestas de lege ferenda”, en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, dir. A. MONTESINOS GARCÍA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 409.

Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso

The EU legal obligations of very large platforms providing digital services in the age of the metaverse

JONATÁN CRUZ ÁNGELES

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 000-0002-8648-5525

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7186

Resumen: Las principales empresas tecnológicas están cursando una carrera para tratar de liderar la conquista del Metaverso. Un mundo digital, en un entorno de realidad virtual aumentada, donde se intenta reproducir el mundo analógico. La dinámica es sencilla: el usuario utiliza todo tipo de dispositivos para conseguir una experiencia inmersiva total para los cinco sentidos. El objetivo que se persigue es que, en este nuevo mundo, el usuario pueda llevar a cabo todo un proyecto de vida de forma integral. Ante este fenómeno, en el ámbito de la Unión Europea, el legislador comunitario considera que nuestro ordenamiento jurídico estará preparado para regular esta nueva actividad gracias a un novedoso paquete de medidas sobre servicios digitales, que todavía se encuentra en fase de negociación. En este artículo, nos centramos en el estudio de la “Ley de Servicios Digitales”, que pretende establecer un conjunto de responsabilidades y un marco claro de rendición de cuentas y transparencia para los proveedores de servicios de intermediación. Analizaremos su contenido, así como su ámbito de aplicación y su potencial desarrollo teniendo en cuenta todo aquello que promete el Metaverso a corto plazo.

Palabras clave: Internet, mundo digital, Metaverso, realidad virtual aumentada, Derecho comunitario, Unión Europea, tecnologías de la información y la comunicación, ley de servicios digitales, proveedores de servicios de intermediación.

Abstract: The main technology companies are in the race to conquer the Metaverse. The digital world is an augmented virtual reality environment that tries to recreate the analogic world. The dynamics were simple: the user uses all kinds of devices to achieve an immersive experience. The objective in this world is that the user could accomplish his / her life project. Thus, in the European Union, the EU legislator considers that our legal system will be ready to regulate this new activity using the new package of measures on digital services still in the negotiation phase. In this paper, we focus on the study of the “Digital Services Act”, which aims to establish a set of responsibilities and a clear framework of accountability and transparency for providers of intermediation services. We analyse its content, the scope of application, and its potential development, considering all the aspects that Metaverse involves in the short term.

Keywords: Internet, digital world, Metaverse, augmented virtual reality, Community law, the European Union, Information and communications technology, Digital Services Act, providers of intermediation services.

Sumario: I. Consideraciones iniciales: la regulación de un mundo digital a la luz del contexto actual del Derecho de la Unión Europea. II. El nuevo paquete comunitario de medidas sobre servicios digitales. 1. La regulación de la prestación de servicios en el mercado único digital. 2. La determinación de responsabilidad del proveedor. 3. El establecimiento de obligaciones de debida diligencia. A. Obligaciones de carácter general. B. Obligaciones de proveedores de servicios de alojamiento (hosting). C. Obligaciones de carácter adicional. D. Obligaciones específicas para las grandes empresas plataformas en línea. E. La elaboración de estándares y códigos de conducta. III. Supervisión y control del mercado único de servicios digitales. 1. El coordinador de servicios digitales. 2. La creación del Consejo Europeo de Servicios Digitales. 3. La potestad sancionadora de la Comisión Europea. IV. Conclusiones.

I. Consideraciones iniciales: la regulación de un mundo digital a la luz del contexto actual del Derecho de la Unión Europea

1. La realidad virtual aumentada, una combinación de realidades físicas y virtuales, puede retratar a personas y elementos del mundo real (analógico) en entornos virtuales -y viceversa- para llevar, a lo virtual, la visión de las personas de determinados entornos físicos¹. En estos nuevos entornos (denominados mundos virtuales o digitales) las personas pueden interactuar -ya sea en el marco de una relación de carácter laboral o como una nueva forma de ocio- estableciendo relaciones en las que los límites entre lo digital y lo físico son cada vez más difusos, gracias al uso de dispositivos, tales como auriculares o gafas de realidad virtual aumentada². De este modo, el usuario (re)descubre experiencias que complementan a aquéllas propias de un entorno analógico. Ahí es donde radica la problemática. El crecimiento de un Metaverso también originará nuevos focos de peligro o amenaza para la sociedad internacional contemporánea. Piénsese, por ejemplo, en la oportunidad única que se presenta para grupos antisistema (terroristas): nuevas formas de coordinación, entrenamiento y planificación de sus ataques, así como para el desarrollo de nuevos objetivos³.

2. En este nuevo contexto, nos planteamos: ¿cómo debe actuar el legislador comunitario ante estos nuevos peligros, riesgos y vulnerabilidades? Cuando las empresas redactan códigos de buena conducta es justo asumir que los usuarios que lleven a cabo determinadas conductas malintencionadas serán investigadas y excluidas de estas nuevas realidades digitales. Simpatizamos con tales compromisos, pero debemos ser cautelosos⁴. Aunque todavía se calcula que faltan varios años para que surja un Metaverso completamente funcional, los posibles peligros que éste podría llegar a representar requieren la atención inmediata de nuestros gobiernos y organizaciones internacionales, así como por parte de representantes y miembros de la sociedad civil -incluyéndose, entre éstos, a científicos e investigadores-. Debemos estar preparados para esta nueva realidad⁵.

3. El Metaverso se está expandiendo debido a que, en los últimos años, la inversión en innovación tecnológica -tanto por parte de grandes empresas como de los usuarios- ha aumentado por diversas razones. Entre éstas, la pandemia COVID19, que causó una interrupción sin precedentes en los

¹ W. BARFIELD & M. J. BLITZ, eds. *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2018.

² J. GRIFFIN. *The State of Creativity: The Future of 3d Printing, 4d Printing and Augmented Reality*. Elgar Law, Technology and Society. Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2019.

³ R.W. TAYLOR. *Digital Crime and Digital Terrorism*. Upper Saddle River, N.J., Pearson/Prentice Hall, 2006.

⁴ R. DEIBERT. *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*. The Information Revolution and Global Politics. Cambridge, Mass., MIT Press, 2008.

⁵ J. ANDRESS, S. WINTERFELD & R. ROGERS. *Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*. Amsterdam, Syngress/Elsevier, 2011.

desplazamientos, viajes y comercio internacional⁶, obligándonos a realizar importantes inversiones en nuestra actividad en línea para poder compensar y mejorar una situación de aislamiento físico. A día de hoy (2022), el Metaverso (*rectius metaversos*) todavía se concibe como una pluralidad de modelos de estructuras descentralizadas, construidas entorno a redes de *blockchain*, produciéndose transacciones e interacciones por medio de *Smartcontracts*. No obstante, en apenas unos años, se prevé que todas estas plataformas de realidad virtual puedan llegar a interconectarse, facilitando que las personas puedan acudir a eventos, visitar establecimientos comerciales y vivir todo tipo de nuevas experiencias en su tiempo libre. Piénsese, por ejemplo, en las herramientas de retroalimentación háptica, concebidas para facilitar la comunicación en nuestras relaciones y sentir el tacto de otros usuarios, sin que sea relevante dónde éstos se encuentren físicamente en el mundo analógico.

4. Simular un encuentro en el Metaverso implica reducir la latencia entre el mundo analógico y el digital, lo que hasta hace poco se concebía como ciencia ficción. La realidad virtual y las experiencias de realidad virtual aumentada serán todavía más inmersivas con la introducción de la tecnología 5G, que permitirá una conectividad mejorada y un uso más efectivo del ancho de banda para que el metaverso funcione correctamente. Además, tendremos que descubrir cómo administrar los volúmenes masivos de datos que deberán dirigirse diariamente de manera efectiva y sostenible. Para ello, deben buscarse medios innovadores para generar y/o suministrar la cantidad necesaria de electricidad a las empresas y hogares en el continente europeo, así como se hace necesario el desarrollo de una política comunitaria que regularice de forma sostenible dicho mercado⁷.

5. Ante esta situación, no es de extrañar que el pasado 15 de febrero de 2022 la eurodiputada ISABELLA ADINOLFI planteara la siguiente cuestión parlamentaria: “El metaverso es concebido por muchos como el futuro de Internet, como mucho más que una realidad paralela formada por espacios virtuales donde se puede interactuar, trabajar y dedicar nuestro tiempo a otros usuarios, constituye un universo con la capacidad de influir en el mundo real. Las inversiones que están realizando titanes como Microsoft y Facebook (Meta) deberían hacernos reflexionar sobre el potencial de este nuevo sector en rápida expansión que pronto podría no sólo impulsar el impacto económico de las finanzas descentralizadas con el auge de las criptomonedas y los tokens no fungibles, sino que también provocará cambios significativos en la vida de todos los ciudadanos europeos. Esta tecnología ofrece innumerables beneficios potenciales, pero también conlleva importantes riesgos: desde el tratamiento de datos personales por parte de las empresas hasta las implicaciones sociales y sanitarias y las distorsiones que podrían dar lugar a nuevas categorías delictivas. A la luz de lo anterior: (1) ¿Puede la Comisión iniciar un estudio para comprender mejor el metaverso y, en particular, los riesgos para el público en general?; y (2) ¿Puede emprender de inmediato la regulación de este sector que, dada la amplitud de su alcance, podría colocarse en la red de las actuales garantías legales de protección al consumidor?”⁸

6. El reputado profesor de la *Harvard Business School* y antiguo Ministro de Economía francés, actual Comisario europeo de Mercado Interior y Servicios, D. THIERRY BRETON, respondió el pasado 1 de junio de 2022 a la cuestión: “En esta etapa, la Comisión no tiene intención de iniciar un estudio específico sobre el funcionamiento del metaverso, pero no se excluye la posibilidad de que dicho estudio se realice en un futuro. La Comisión tampoco tiene la intención, inmediata, de proponer políticas o medidas reglamentarias específicas relativas al metaverso, en particular, dado que el marco reglamentario existente también se aplica al metaverso. Por ejemplo, la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales sobre las que se ha alcanzado, recientemente, un acuerdo político; que brindan el marco adecuado y las herramientas necesarias para abordar los problemas relacionados con el metaverso. La

⁶ E. H. HONDIUS, M. SANTOS SILVA, A. NICOLUSSI, P. S. CODERCH, C. WENDEHORST & F. ZOLL, eds. *Coronavirus and the Law in Europe*. Cambridge, Intersentia, 2021.

⁷ T. M. RUSCHE. *Eu Renewable Electricity Law and Policy: From National Targets to a Common Market*. Cambridge Studies in European Law and Policy. Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015.

⁸ Parlamento Europeo. Pregunta parlamentaria. Referencia: E-000656/2022. Tema: Regulación del metaverso. Texto íntegro disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-000656_EN.html

Ley de Mercados Digitales proporcionará herramientas para fomentar la regulación del metaverso, ya sea porque los servicios relevantes están dentro de su alcance o mediante las disposiciones de la Ley de Mercados Digitales. Dicho esto, la Comisión continúa siguiendo de cerca los desarrollos tecnológicos y del mercado relacionados con los servicios digitales, incluidos los posibles desafíos que dichos desarrollos pueden plantear para el buen funcionamiento de los mercados en el sector digital. Además, el mero hecho de que los servicios digitales existentes puedan organizarse y prestarse de manera diferente a como pueden hacerlo hoy en día no priva a los ciudadanos y a las empresas de la protección que proporciona la legislación vigente, incluso en el ámbito de la protección del consumidor. Dependerá de la evaluación de la naturaleza de un servicio dado y de qué obligaciones legales deberían cumplir los proveedores de servicios como el metaverso⁹.

7. De la respuesta del Sr. BRETON podemos extraer cuál es la estrategia de la Unión Europea para tratar de regular el Metaverso. De entrada, debemos analizar la naturaleza jurídica de los servicios que se ofrecen en el mundo digital para determinar cómo aplicamos las nuevas propuestas legislativas y en qué grado éstas pueden ser complementadas en determinados aspectos de la presentación de servicios de la sociedad de la información que se aplicarían a modo de *lex specialis*. A fin de cuentas, el hecho de que un determinado servicio se ofrezca a través de un espacio o plataforma digital no tiene por qué modificar, de entrada, el régimen jurídico aplicable¹⁰. Por todo ello, es vital conocer la normativa que precede, inspira y complementa las últimas propuestas en materia de legislación digital europea¹¹.

8. La Unión Europea se prepara para el momento en que podamos contar con un Metaverso plenamente operativo y, por ello, ha elaborado un paquete de medidas legislativas en materia de servicios digitales¹², integrado por la Ley de Servicios Digitales¹³ y la Ley de Mercados Digitales¹⁴. Dos Reglamentos comunitarios que tratan de armonizar el mercado interior, estableciendo cuáles son las obligaciones de las grandes empresas proveedoras de servicios de intermediación, al mismo tiempo que tratan de impedir que uno de estos grandes gigantes tecnológicos pueda asumir una posición de dominio en el sector. De este modo, se pretende que tanto las empresas como los usuarios de la Unión Europea puedan disfrutar de una actividad en línea más segura y transparente.

II. El nuevo paquete comunitario de medidas sobre servicios digitales

9. Queda claro que la realidad virtual aumentada tiene un número cada vez mayor de aplicaciones civiles, aunque fuese concebida, inicialmente, para su uso en cuestiones relacionadas única y exclu-

⁹ Parlamento Europeo. Respuesta a pregunta parlamentaria. Referencia: E-000656/2022. Tema: Regulación del metaverso. Texto íntegro disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-000656-ASW_EN.html

¹⁰ La Unión Europea está trabajando en varias políticas para lograr la transformación digital. Las áreas políticas clave son la década digital, los servicios digitales, la economía de datos, la fiscalidad digital, la inteligencia artificial, la conectividad, la seguridad cibernética, la identificación digital europea (eID) y la digitalización de la justicia. Para más información véase “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: 2030. Brújula digital: el camino europeo para la Década Digital”. Texto íntegro disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0118>

vA. GASCÓN MARCÉN. “El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2021), Vol. 13, Nº. 2, pp. 209-232.

¹² Para un estudio más detallado acerca de la evolución en la regulación de servicios en la Unión Europea, escudriñando su historia desde las primeras intervenciones específicas en el sector véase V. HATZOPOULOS. *Regulating Services in the European Union* (version 1st ed.). 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹³ Propuesta de la Comisión Europea para aprobar una Ley de Servicios Digitales. Borrador de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Mercado Único de Servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) por la que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Texto íntegro disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal_for_a_regulation_on_a_single_market_for_digital_services.pdf

¹⁴ Propuesta de la Comisión Europea para aprobar una Ley de Mercados Digitales. Borrador de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales). Texto íntegro disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf

sivamente con la defensa y la seguridad: *inter alia*, piénsese en la simulación para aprender a manejar armamento o tripular vehículos y aeronaves de combate, así como en el uso de la realidad virtual aumentada en operaciones de mantenimiento de instalaciones y equipos en remoto. Estos sistemas de realidad virtual aumentada emplean sistemas de seguimiento integrados y guantes de información para facilitar la interactividad. Gracias a estos *gadgets* tanto los soldados como demás personal militar pueden tener una percepción de la profundidad en 3D. Éste es el caso de las gafas de realidad virtual de la empresa Apple -cuya compraventa ha estado restringida al ámbito militar- que se han utilizado, durante años, permitiendo a estos usuarios experimentar nuevas experiencias manteniéndose en un entorno seguro y controlado.

10. Los dispositivos electrónicos son cada vez más pequeños, menos visibles e incluso se plantea la posibilidad de que éstos puedan llegar a implantarse quirúrgicamente en los cuerpos de los usuarios o camuflarse en su entorno para no interferir en una experiencia completamente inmersiva. De este modo, las personas se comunican a través de avatares en un mundo completamente digital. La inmersión en un entorno 3D puede circunscribirse única y exclusivamente a una experiencia de entretenimiento. Sin embargo, debemos plantearnos: ¿qué ocurriría con aquellos usuarios que no se planteen el Metaverso única y exclusivamente como una forma de ocio y entretenimiento? En este tipo de casos, la construcción de un mundo digital implicaría sustituir los átomos por los *bits*, que se convierten en los nuevos canales de realidad. Entonces, el Metaverso se presenta como un lienzo en blanco que ofrece un sinfín de oportunidades para sus desarrolladores gráficos, entre los que podemos destacar a programadores, diseñadores y usuarios más aventajados.

11. El uso del Metaverso con fines distintos al ocio y entretenimiento plantea una serie de retos para el legislador comunitario. A corto plazo, éste debe pensar en aquellas tecnologías que necesitan poca o ninguna programación y que permiten que un gran número de usuarios aproveche las posibilidades potenciales de un mundo digital. A tal efecto, se espera que las empresas implementen, rápidamente, escenarios abiertos y accesibles para producir paisajes de realidad extendida, cada vez más populares. Desde esta óptica, se plantea la Ley de Servicios Digitales, que se centra en el establecimiento de nuevas normas para combatir contenidos ilícitos en línea y abordar riesgos sociales, así como establece cuáles son las obligaciones de las empresas proveedoras de servicios de intermediación -v. gr: mercados en línea, redes sociales, plataformas para compartir contenido, plataformas de viajes y alojamiento en línea, etc.-, planteando medidas para tratar de garantizar un espacio seguro tanto para las empresas como para los usuarios europeos.

12. Mientras que, a largo plazo, se prevé que estos ecosistemas abiertos lleguen a ser estandarizados e interoperables, lo que permitiría que cualquier componente del Metaverso se comunique con cualquier otra plataforma de realidad virtual aumentada -sin temor a problemas de funcionalidad-. Ante esta situación, el legislador comunitario plantea la Ley de Mercados Digitales, que pretende garantizar un equilibrio de mercado, evitando que una sola empresa o plataforma se convierta en una especie de “guardiana”, haciendo alusión con este término a una posición privilegiada o posición de dominio en el mercado interior digital.

13. Por ende, el legislador comunitario no parte de una situación *de facto* que debe ser regulada, sino que debe legislar en función del potencial de desarrollo del software y aplicaciones de las grandes empresas tecnológicas y su futuro impacto en nuestro mercado interior digital. Esta (re)configuración de la lógica del legislativo en el plano internacional nos recuerda a cómo se han regulado los recursos que se encuentran en espacios recónditos y desconocidos como los fondos marinos y oceánicos¹⁵, o a cómo

¹⁵ Véanse, *inter alia*, M. KOTZUR, N. MATZ-LÜCK, A. PROELSS, R. VERHEYEN & J. SANDEN, eds. *Sustainable Ocean Resource Governance: Deep Sea Mining, Marine Energy, and Submarine Cables*. Leiden, Brill/Nijhoff, 2018. X. XU. *Responsibility to Ensure: Sponsoring States' Environmental Legislation for Deep Seabed Mining and China's Practice*. Maritime Cooperation in East Asia, Volume 12. Leiden, Brill Nijhoff, 2021. S. PRELLER-BÓRQUEZ. “Integrating Sustainable Development into the Adoption of Emergency Orders for the Protection of the Common Heritage of Mankind and the Marine Environment.” *The International Journal of Marine and Coastal Law* Vol. 37, No. 1, 2022, pp. 73-88.

se ha desarrollado el Derecho del espacio ultraterrestre¹⁶. Esta lógica también se ha seguido en aquellos casos en los que tratamos de establecer obligaciones de prevención con el fin de evitar grandes catástrofes, por ejemplo, en relación con la regulación del uso de armas nucleares¹⁷. En definitiva, estamos legislando para garantizar el bienestar de las futuras generaciones ante una nueva realidad que se impone o sobrepone a la nuestra¹⁸, como se viene haciendo en otras áreas de conocimiento como pudiese ser, por ejemplo, el Derecho Internacional del Medioambiente¹⁹.

14. Construir un mundo digital sólido para el futuro de Internet significa proporcionar experiencias de realidad virtual más inmersivas o crear una web más descentralizada, siempre y cuando ofrezcamos una serie de garantías a los usuarios. A tal efecto, el legislador comunitario tratará de establecer toda una serie de obligaciones que los gigantes tecnológicos deberán cumplir. El Metaverso contará con libros de contabilidad, validará transacciones y, de este modo, tratará de fomentar una sensación de confianza global en un sistema descentralizado. A fin de cuentas, el verdadero reto subyace en conseguir que el Metaverso, realmente, pueda concebirse como un espacio inclusivo²⁰; un lugar seguro²¹ a la par que innovador²². Así las cosas, en los próximos apartados nos centraremos en cómo la *Services Digital Act* se muestra como la hoja de ruta para encontrar un equilibrio entre, por un lado, los intereses de los gigantes tecnológicos, así como de los proveedores de servicios digitales que actúan a través de sus plataformas y, por otro lado, los derechos fundamentales de los usuarios finales.

1. La regulación de la prestación de servicios en el mercado único digital

15. En las últimas dos décadas, se ha configurado un marco jurídico comunitario que regula los servicios digitales basándose, en primer lugar, en la Directiva sobre el comercio electrónico²³. Sobre la base de los principios establecidos en dicha Directiva, la nueva propuesta de medidas legislativas sobre servicios digitales define obligaciones claras de debida diligencia para determinados servicios intermediarios. La forma en que éstos reciben, almacenan y verifican parcialmente y publican información sobre los comerciantes que utilizan sus servicios garantizará un entorno en línea más seguro y transparente para los consumidores. A tal efecto, la propuesta legislativa distingue, en particular, el impacto de las plataformas en línea “muy grandes” destacando su capacidad para influir en el medio y remodelar la(s) sociedad(es) humana²⁴, estableciendo para estas compañías unos estándares más altos de transparencia

¹⁶ Véanse, *inter alia*, F. LYALL & P. B. LARSEN. *Space Law: A Treatise*. Seconded. Abingdon, Oxon, Routledge, an imprint of the Taylor & Francis Group, 2018. P. ACHILLEAS & S. HOBE, eds. *Fifty Years of Space Law*. Hague Academy of International Law. Center for Studies and Research. Leiden, Brill/Nijhoff, 2020.

¹⁷ Véanse, *inter alia*, T. S. Sechser & M. Fuhrmann. *Nuclear Weapons and Coercive Diplomacy*. Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017. A. D. GUTTRY, M. F., F. CASOLARI & L. POLI, eds. *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (Cbrn) Events: Towards an All-Hazards Approach*, Leiden: Brill Nijhoff, 2022.

¹⁸ K. TANEL & A. RUL. *The Future of Law and eTechnologies*. Cham, Springer International Publishing, 2016.

¹⁹ L. KRAMER & E. ORLANDO, eds. *Principles of Environmental Law*. Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Vi. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2018.

²⁰ Una de las características más importantes del Metaverso es que debe estar centrado en el ser humano. Las tecnologías desarrolladas en este nuevo entorno deben ser accesibles y sencillas de captar y comprender. Se espera que el Metaverso se expanda gracias a una gran variedad de creadores y a la inversión por parte de las empresas tecnológicas en la captación de su talento.

²¹ No debería sorprendernos que el Metaverso esté ganando popularidad rápidamente como un lugar privado, seguro y protegido en el mundo digital. El uso de blockchain y los principios descentralizados hacen que sea mucho más difícil que preocupaciones, tales como el fraude, arraiguen y se generalicen. Sin embargo, como miembros del futuro Metaverso, aún es nuestra responsabilidad garantizar que la atmósfera sea segura para los usuarios.

²² El Metaverso, como cualquier tecnología, debe tener una cantidad ilimitada de espacio para expandirse y evolucionar a medida que nosotros adquirimos conocimiento. La creación de nuevas herramientas está generando un sinfín de opciones para el Metaverso, y esto es sólo el comienzo. Un poderoso Metaverso se caracteriza por un aprendizaje y progreso continuos.

²³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico, en el mercado interior (DO L 178 de 17 de julio de 2000: p. 1).

²⁴ N. PETIT. *Big Tech and the Digital Economy: The Monigopoly Scenario* (version First edition). First ed. Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.

y responsabilidad en relación con actividades tales como la moderación de contenidos, los servicios de publicidad y el uso de procesos algorítmicos²⁵.

16. El legislador comunitario ha confeccionado un borrador de Reglamento (la Ley de Servicios Digitales) en el que trata de establecer un marco horizontal para todas las categorías de contenidos, productos, servicios y actividades en los servicios de intermediación. Su carácter (i)lícito no se define en dicho Reglamento, sino que dependerá, en última instancia, de lo dispuesto en el Derecho comunitario o en el Derecho nacional (de conformidad con éste). El nuevo Reglamento complementa la legislación existente específica del sector y no afecta a la aplicación de la normativa comunitaria existente que regula determinados aspectos de la prestación de servicios de la sociedad de la información, que se aplican a modo de *lex specialis*.

17. A modo de ejemplo, el Reglamento complementa, pero no afecta, a la aplicación de las normas resultantes de otros actos del Derecho de la Unión que regularán determinados aspectos de la prestación de servicios de intermediación como pudiese ser, a modo de ejemplo, la propuesta de Reglamento sobre contenidos terroristas en línea²⁶. De modo que, la Ley de Servicios Digitales se aplicará a las cuestiones que no se aborden o no se aborden en su totalidad en esos otros actos²⁷.

18. Huelga recordar que el objetivo principal de la propuesta es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en particular, en relación con la prestación de servicios digitales transfronterizos. Más concretamente, los servicios de intermediación. En consonancia con este objetivo, si se pretende regular Internet, cuya naturaleza es transfronteriza *per se*, será necesario abordar la cuestión mediante la armonización de las condiciones para el desarrollo de servicios digitales transfronterizos²⁸. De este modo, una acción coordinada a nivel de la Unión Europea proporciona previsibilidad y seguridad jurídica tanto para los usuarios como para los proveedores de servicios establecidos fuera de la Unión que operarán en el mercado interior.

19. Más específicamente, la propuesta de Ley de Servicios Digitales se centra en el concepto de “difusión pública” de la información que implica, necesariamente, ponerla a disposición de un número potencialmente ilimitado de personas, es decir, hacer que ésta sea fácilmente accesible para los usuarios, en general, sin que el destinatario del servicio que proporciona la información requerida, con independencia de que dichas personas accedan, efectivamente, a la información de que se trate. *A contrario sensu*, puede deducirse que el concepto de “difusión pública” no abarcaría la difusión de información dentro de grupos cerrados compuestos por un número finito de personas predeterminadas. Los servicios

²⁵ Para un estudio más detallado acerca de la dificultad que entraña la regulación de los procesos algorítmicos véase F. FITSILIS. *Imposing Regulation on Advanced Algorithms*. Springer briefs in Law. Cham, Springer, 2019.

²⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea. Contribución de la Comisión Europea a la reunión de los dirigentes de Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018.

²⁷ En aras de la claridad, también debe especificarse que el Reglamento se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2019/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento y del Consejo, Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo y Reglamento (.../...) relativo a la excepción temporal de determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE, así como del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores, en particular, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 93/131/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección de los datos personales, en particular, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. La protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales se rige únicamente por las normas del Derecho de la Unión sobre la materia, en particular, el Reglamento (UE) 2016/679 y Directiva 2002/58/CE. Asimismo, el Reglamento se entiende también sin perjuicio de las normas del Derecho de la Unión sobre condiciones de trabajo.

²⁸ La Comisión ha decidido presentar una propuesta de Reglamento para garantizar un nivel uniforme de protección en toda la Unión y evitar divergencias que obstaculicen la libre prestación de los servicios pertinentes en el mercado interior, así como garantizar la protección uniforme de los derechos y obligaciones para las empresas y los consumidores en todo el mercado interior. Esto es necesario para proporcionar seguridad jurídica y transparencia tanto a los operadores económicos como a los consumidores. El Reglamento propuesto también pretender garantizar un control coherente de las sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como una cooperación eficaz entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros a nivel de la Unión.

de comunicación intrapersonal, tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁹, como pueden ser el correo electrónico o los servicios de mensajería privada, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la propuesta de Ley de Servicios Digitales. Al hilo de esta interpretación, la información sólo debería entenderse como difundida al público cuando dicha difusión se produzca a petición directa del destinatario del servicio que proporcionó la información.

20. En tanto que norma de Derecho derivado, la Ley de Servicios Digitales se inspira y respeta los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como aquellos derechos fundamentales que constituyen principios generales del Derecho Comunitario³⁰. De ahí que la Ley de Servicios Digitales deba interpretarse y aplicarse de conformidad con esos principios fundamentales, incluyendo entre éstos la libertad de expresión e información de los medios de comunicación. Así pues, si al ejercerse facultades establecidas en la Ley de Servicios Digitales, en situaciones en las que varios derechos fundamentales entren en conflicto, el operador jurídico competente deberá tratar de hallar un justo equilibrio entre los derechos en cuestión, de conformidad con el principio de proporcionalidad³¹.

21. Además, de conformidad con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea³², la Ley de Servicios Digitales se concibe como resultado del reconocimiento de que los Estados no pueden lograr la armonización y cooperación necesarias si actúan por sí solos. Por lo que se requiere una actuación por parte de la Unión para lograr el correcto funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro, predecible y fiable en el que los derechos fundamentales consagrados en la Carta estén debidamente protegidos. De este modo, se pretende legislar y actuar de forma coherente para que aquellos derechos fundamentales consagrados en el Derecho originario de la UE, protegidos en la realidad analógica puedan reivindicarse también en el Metaverso. *Inter alia*, piénsese en asuntos relativos al derecho a la igualdad (ante la ley, diversidad afectivo-sexual, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores e integración de las personas con diversidad funcional); o en aquellos que conciernen a aspectos de derechos de solidaridad (derecho a la información, negociación colectiva, protección en caso de despido laboral, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a servicios de interés económico general, protección del medio ambiente y/o protección de los consumidores), o, incluso, en aquellos que puedan afectar, de forma directa o indirecta, a asuntos referentes a ciudadanía (derecho a la libertad de circulación y de residencia, así como protección diplomática o consular) y, por último, justicia (tutela judicial efectiva, derecho a un juez imparcial, presunción de inocencia, derechos de la defensa, principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, o el *ne bis in idem*).

2. La determinación de responsabilidad del proveedor

22. *A priori*, el proveedor de servicios de intermediación no tiene por qué ser considerado, de entrada, responsable en relación con el contenido ilícito proporcionado por los destinatarios de un

²⁹ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (versión refundida). Texto pertinente a efectos del EEE. Diario Oficial de la Unión Europea (L 321/36 de 17.12.2018).

³⁰ C. AMALFITANO. *General Principles of Eu Law and the Protection of Fundamental Rights*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

³¹ Para un estudio más profundo acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad véanse G. HUSCROFT, B. W. MILLER & G. WEBBER, eds. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York, NY, Cambridge University Press, 2014. T. HARBO. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*. Nijhoff Studies in Eu Law, Volume 8. Leiden, Netherlands, Brill Nijhoff, 2015.

³² K. GRANAT. *The Principle of Subsidiarity and Its Enforcement in the Eu Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*. Parliamentary Democracy in Europe, Volume 3. Oxford, Hart Publishing, 2018.

servicio. Ello se debe a que, según la lógica utilizada por el legislador comunitario, de no ser así, se establecería una carga desproporcionada para aquellas empresas tecnológicas que gestionan cada una de las plataformas que integran el Metaverso(s). De modo que, dicha determinación de la responsabilidad requiere una investigación más rigurosa que deberá ser llevada a cabo por las autoridades competentes. A tal efecto, serán los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados miembros los encargados de desarrollar procedimientos que proporcionen una base positiva para establecer cuándo se puede considerar responsable a un proveedor. Del mismo modo, deberán preverse supuestos de exención de responsabilidad en relación con cualquier tipo de contenido ilícito, independientemente de la naturaleza o el objetivo preciso de dicha normativa interna.

23. Una actuación diligente por parte del proveedor/es de la plataforma del Metaverso es aquella que puede calificarse como neutral, es decir, que su labor se ha limitado a un tratamiento meramente técnico y automático de la información facilitada por el destinatario del servicio. En cambio, no podrá eximirse de responsabilidad a aquel prestador de servicios que sí haya prestado un papel activo que le hubiese dado conocimiento o control sobre esa información. A tal efecto, debemos distinguir la naturaleza de las actividades de (1) mero conducto, (2) *caching*³³ y (3) *hosting*³⁴. De modo que, entendemos que un proveedor debe poder beneficiarse de las exenciones de responsabilidad de servicios de “simple conducto” y de “almacenamiento de caché” cuando no esté involucrado, en modo alguno, con la información transmitida. *A contrario sensu*, entendemos que un proveedor de servicios de intermediación que colabore, deliberadamente, con un destinatario de servicios para llevar a cabo actividades ilegales o no preste su servicio de forma neutral no debería poder beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas en la Ley de Servicios Digitales.

24. En aquellos casos en que el proveedor del servicio de alojamiento tenga conocimiento real o sea consciente de que está tratando o almacenando información ilícita, éste deberá tratar de actuar rápidamente para eliminarla o inhabilitar el acceso a dicho contenido. Esta actividad de supresión o inhabilitación de acceso requiere la observancia al principio de libertad de expresión -requisito *sine qua non*³⁵-. Así las cosas, entendemos que el proveedor del servicio puede haber tenido conocimiento del ilícito a través de investigaciones a iniciativa propia o mediante notificaciones presentadas por personas o entidades de conformidad con lo dispuesto en el borrador de la Ley de Servicios Digitales, en la medida en que dichas notificaciones sean lo suficientemente precisas y estén debidamente fundamentadas para permitir un análisis económico diligente, que permita al operador identificar razonablemente, evaluar y, en su caso, actuar contra los contenidos ilícitos.

25. La exención de responsabilidad del proveedor, en el Metaverso, en relación con actividades de publicidad resulta algo más compleja. Sobre este particular, aquellos proveedores de servicios de alojamiento que permiten a los usuarios celebrar contratos a distancia con comerciantes no podrían beneficiarse de la exención de responsabilidad en la medida en que éstos presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que haga creer a los consumidores que la información fue facilitada (a terceros) teniendo control sobre dicha información, aunque en realidad no fuese así. A ese respecto, debe determinarse objetivamente, sobre la base de todas las circunstancias pertinentes, si la presentación de la información podría llevar a tal creencia por parte de un consumidor promedio y razonablemente bien informado³⁶.

³³ El almacenamiento en caché o *caching* es una técnica que almacena una copia de un recurso dado y la devuelve cuando se solicita. Cuando un caché web tiene un recurso solicitado en su almacén, intercepta la solicitud y devuelve su copia en lugar de volver a descargarla desde el servidor de origen.

³⁴ El *web hosting* es un servicio para alojar sitios web, es decir, todos los contenidos de las páginas web para que las personas puedan acceder a él en todo momento a través de diferentes dispositivos siempre que tengan conexión a internet.

³⁵ B. PETKOVA & T. OJANEN, eds. *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries*. Elgar Law, Technology and Society Series. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

³⁶ M. CAMPO COMBA. *The Law Applicable to Cross-Border Contracts Involving Weaker Parties in Eu Private International Law*. Cham, Switzerland, Springer, 2021.

26. Las exenciones de responsabilidad mencionadas anteriormente no excluyen la posibilidad de que los Estados miembros puedan desarrollar medidas cautelares que afecten a los proveedores de servicios de intermediación en el Metaverso. En particular, los tribunales nacionales o autoridades administrativas competentes podrían exigir la eliminación, retirada de contenido o denegación de acceso al público, con una resolución motivada, siempre y cuando ésta no contradiga el Derecho de la Unión.

27. Asimismo, es importante recordar que, al margen del importante papel que puedan desempeñar estos proveedores de servicios digitales, la problemática relacionada con actividades y contenidos ilícitos no puede ser tratada centrándonos únicamente en su responsabilidad. Siempre que sea posible, los terceros afectados por contenido ilícito transmitido o almacenado en línea deben intentar resolver los conflictos relacionados con dicho contenido sin involucrar a los proveedores de servicios de intermediación³⁷. En estos supuestos, los destinatarios del servicio deben ser considerados como responsables, cuando así lo dispongan las normas aplicables del Derecho nacional en cuestión y de la Unión que determinen dicha responsabilidad, por el contenido ilícito que proporcionen y puedan difundir a través de servicios intermediarios.

3. El establecimiento de obligaciones de debida diligencia

28. Entendemos por debida diligencia el proceso por el cual las empresas tecnológicas responsables de la gestión del Metaverso toman las medidas necesarias y eficaces para identificar, prevenir, mitigar, rendir cuentas y responder por los impactos negativos, reales o potenciales de sus propias actividades o las de su cadena de valor³⁸. En el caso de las empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea, el legislador comunitario justifica la necesidad de introducir un conjunto claro y equilibrado de obligaciones armonizadas de debida diligencia para todos los proveedores de servicios de intermediación con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro y transparente. A tal efecto, el *draft* de la Ley de Servicios Digitales dedica todo el capítulo III a las obligaciones de debida diligencia. Las divide y clasifica en cinco secciones diferentes. Así las cosas, a continuación, proponemos un estudio y análisis de todas y cada una de ellas.

A. Obligaciones de carácter general

29. Partimos del estudio de la 1ª sección que trata aquellas obligaciones aplicables a todos los proveedores de servicios de intermediación. Se trata de un listado de obligaciones muy genéricas, orientadas a ofrecer unas bases; un mínimo de seguridad jurídica. Entre éstas, destaca la exigencia a los proveedores de servicios de intermediación de designar un representante legal y de establecer un único punto de contacto. A diferencia del representante legal, el punto de contacto sí debe tener una ubicación física.

30. Un aspecto especialmente relevante a tener en consideración en relación con el desarrollo del Metaverso es la obligación que se requiere a todos aquellos proveedores de servicios de intermediación que se encuentren establecidos en terceros países y que ofrezcan servicios en los Estados miembros. Éstos también deberán designar un representante legal suficientemente autorizado en la UE, con el fin de permitir una supervisión eficaz y, cuando sea necesario, la aplicación de la futura Ley de Servicios

³⁷ Cuando corresponda, otros actores, como los moderadores de grupos en entornos en línea cerrados, en particular, en el caso de grupos grandes, deben ayudar a evitar la difusión y contenido ilícito en línea, de conformidad con la normativa aplicable. Además, cuando sea necesario involucrar a los proveedores de servicios de la sociedad de la información, incluidos los proveedores de servicios de intermediación, cualquier solicitud u orden para tal participación debe, por norma general, dirigirse al actor que tenga la capacidad técnica y operativa para actuar contra elementos específicos de contenidos ilícitos, con el fin de prevenir y minimizar los posibles efectos negativos sobre la disponibilidad de la información que sea de carácter ilícito.

³⁸ L. CHIUSI CURZI & C. MALAFOSSE. "A Public International Law Outlook on Business and Human Rights." *International Community Law Review* Vol. 24, No. 1/2, 2022 pp. 11-35.

Digitales. Se espera que dicho representante legal pueda ejercer también funciones como punto de contacto, siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios para ello.

31. Aunque, como principio general, deba reconocerse y respetarse la máxima de la libertad de prestación de servicios³⁹ y de autonomía de voluntad de las partes, sí se establecen unas normas de mínimos en relación con el contenido, la aplicación y el cumplimiento de los denominados términos y condiciones de servicio de dichos proveedores en aras de la transparencia y la protección de los usuarios, tratando de evitar posibles resultados injustos o de carácter arbitrario.

32. Entre estas obligaciones de carácter general también debemos destacar la exigencia requerida al proveedor de servicios tras la eliminación o inhabilitación de información proporcionada por un destinatario del servicio -independientemente de que pueda tratarse de un procedimiento delegado mediante el uso de medios automatizados- de informar al destinatario de los motivos de su decisión y las posibilidades de recurso disponibles para recurrirla o tratar de impugnarla, en vista de las posibles repercusiones negativas que esta resolución podría tener para el destinatario, incluso en lo que respecta al ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión.

B. Obligaciones de los proveedores de servicios de alojamiento (*hosting*)

33. En la 2ª sección partimos del reconocimiento del papel especialmente importante que desempeñan los proveedores de servicios de *hosting* en la lucha contra los contenidos ilícitos en línea, ya que éstos almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio y a petición de los mismos y, por lo general, dan acceso a otros destinatarios, en ocasiones, a gran escala. Por ello, el legislador comunitario diseña toda una serie de obligaciones que deben aplicarse específicamente a este tipo de proveedores, independientemente de su tamaño.

34. Entre éstas, podemos citar la exigencia de desarrollo e implementación de mecanismos de notificación y acción fáciles de usar tras la detección de un contenido ilícito. Se prevé que la regulación de dichos mecanismos de notificación y acción se armonicen a escala comunitaria, con el fin de garantizar una tramitación puntual, diligente y objetiva de las notificaciones sobre la base de una normativa que sea uniforme, transparente y clara y que prevea garantías sólidas para proteger el derecho y los intereses legítimos de todas las partes afectadas, en particular, los derechos fundamentales garantizados por la Carta⁴⁰, independientemente del Estado miembro en el que las partes involucradas estén establecidas o residan y la jurisdicción de que se trate.

35. Estos proveedores de servicios de alojamiento no sólo tendrán que notificar a los afectados la decisión de eliminar o inhabilitar el acceso a información y el motivo de su decisión -acción que se contempla en el marco de las obligaciones de carácter más genérico de aplicación a todos los proveedores de servicios-, sino que, además, deberán proporcionar una exposición clara y específica de los motivos de dicha decisión⁴¹. En relación con este punto, si bien podemos comprender que deba fundamentarse

³⁹ J.W. VAN DE GRONDEN. "The Freedom to Provide Services." *Liberalising Trade in the Eu and the Wto: A Legal Comparison*, 2012, pp. 234-257.

⁴⁰ Los derechos fundamentales implicados pueden incluir, *inter alia*, el derecho a la libertad de expresión e información, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la no discriminación y el derecho a un recurso de los destinatarios del servicio, la libertad para realizar negocios, incluida la libertad para contratar de los proveedores de servicios, así como el derecho a la dignidad humana, los derechos del niño, el derecho a la protección de la propiedad, incluida la protección intelectual y el derecho a la no discriminación de las partes afectadas por contenidos ilícitos.

⁴¹ La exposición de motivos debe contener, al menos, la siguiente información: (a) si la decisión implica la supresión o inhabilitación del acceso a la información y, en su caso, el alcance territorial de la inhabilitación de acceso; (b) los hechos y circunstancias en los que se basó la toma de decisiones; (c) en su caso, información sobre el uso de medios automatizados para tomar la decisión, incluido en lugar en el que se tomó la decisión con respecto al contenido detectado o identificado mediante medios automatizados; (d) cuando la decisión se refiera a contenido supuestamente ilícito, una referencia al fundamento legal

la decisión, no nos queda tan claro que deba ser el proveedor, realmente, el encargado de informar al usuario afectado sobre todas las vías posibles de recurso. Sobre este particular, entendemos que, más allá de la inclusión de una cláusula de carácter genérico en la motivación de la decisión, debería ser el propio usuario el que, en calidad de interesado, pueda solicitar asesoramiento jurídico si lo considera oportuno.

C. Obligaciones de carácter adicional

36. En la 3ª sección se señala que es importante que las obligaciones de debida diligencia se adapten al tipo y naturaleza del servicio de intermediación de que se trate (*vid.* ANEXO I). A tal efecto, debemos distinguir las obligaciones básicas, aplicables a todos los proveedores de servicios de intermediación, de las obligaciones específicas aplicables a servicios de *hosting*, que, a su vez, también debemos distinguir de las obligaciones adicionales establecidas para regular la actividad específica de las plataformas en línea. Así las cosas, en la medida en que los proveedores de servicios de intermediación puedan encuadrarse dentro de una categoría u otra, deberán cumplir con todas las obligaciones que le corresponden.

37. Con el propósito de evitar cargas desproporcionadas, las microempresas o empresas pequeñas están exentas de las obligaciones adicionales establecidas en la sección 3ª del Anteproyecto de Ley de Servicios Digitales, a menos que pueda considerarse, a título particular, que el impacto de una de éstas sea tal que cumpla con los criterios para ser calificada como plataforma en línea muy grande⁴².

38. La obligación de habilitación de un procedimiento de queja es todavía más detallada en el caso de las plataformas en línea. En este sentido, se plantea que los destinatarios del servicio deben poder impugnar con facilidad y eficacia determinadas decisiones de las plataformas en línea que les afecten negativamente. A tal efecto, se entiende que las plataformas en línea deberían proporcionar sistemas internos de tratamiento de quejas, que garanticen que estos sistemas sean fácilmente accesibles y conduzcan a resultados rápidos y justos. Al margen de dicho procedimiento interno de queja también se contempla una obligación de prever mecanismos de resolución extrajudicial de controversias a través de organismos certificados que sean independientes y cuenten con medios y experiencia necesarios para llevar a cabo sus actividades de una forma justa, rápida y rentable. Y, en última instancia, se podrá solicitar una reparación judicial de conformidad con la normativa interna del Estado miembro en cuestión.

39. De manera expresa, se establece que aquellas reclamaciones o notificaciones presentadas por los abanderados de confianza a través de los mecanismos de queja deberán tramitarse con prioridad y sin demora. Este estatus de “abanderado de confianza” lo otorga el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro a aquellos solicitantes que demuestren haber tenido especial experiencia y competencia a los efectos de detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos, de forma independiente y de forma oportuna, diligente y objetiva.

40. Las plataformas en línea pueden suspender, por un tiempo prudencial y previo aviso, la prestación de sus servicios a los destinatarios que suministren con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos. A tal efecto, se debe evaluar caso a caso y de forma oportuna y diligente el número de incidencias detectadas en el último año, la proporción de éstas en relación con el volumen total de información

en el que se basa y explicaciones de por qué la información se considera contenido ilícito por ese motivo; (e) cuando la decisión se basa en la supuesta incompatibilidad de la información en los términos y condiciones del proveedor, una referencia al motivo contractual invocado y una explicación acerca de por qué se considera que la información es incompatible con dicho motivo; y (f) información sobre las posibilidades de recurso de que dispone el destinatario del servicio con respecto a la decisión, en particular, a través de mecanismos internos de tramitación de reclamaciones, resolución extrajudicial y recurso judicial.

⁴² A tal efecto, véase el artículo 16 de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (texto pertinente a efectos del EEE). Diario Oficial n.º. L 124 de 20/05/2003 pp. 0036-0041.

tratada por el usuario en evaluación, la gravedad del contenido y sus consecuencias, así como la intención del destinatario -persona física, entidad o denunciante-.

41. Adicionalmente, si fuese la plataforma en línea la que tuviese conocimiento o información que pudiese justificar razonablemente la sospecha de que el destinatario pudiera haber cometido, pueda estar cometiendo o la probabilidad de que cometa un delito en el futuro que suponga una amenaza para la vida o la seguridad de una persona, así como alguno de los delitos tipificados en la Directiva 2011/93/UE⁴³, ésta debería informar, sin demora, a las autoridades competentes, facilitando toda la información relevante que tuviese a su disposición, incluido, cuando corresponda, el contenido ilícito en cuestión y una explicación del porqué de su sospecha.

42. En lo que concierne a contratos de compra-venta celebrados a distancia entre usuarios y comerciantes, el borrador de la Ley de Servicios Digitales establece que los proveedores, en tanto que intermediarios, son los que deben garantizar que dichos comerciantes sean localizables o, como mínimo, rastreables. Concretamente, éstos deben exigir al comerciante que proporcione cierta información esencial a la plataforma en línea, como requisito previo a la promoción de mensajes u ofertas de sus productos⁴⁴. Esta obligación no puede suponer una carga desproporcionada. A tal efecto, se entiende que las plataformas en línea deben hacer esfuerzos “razonables” para verificar la fiabilidad de la información proporcionada por los comerciantes en cuestión. A título ilustrativo, algunas de estas fórmulas podrían ser, *inter alia*, el uso de bases de datos oficiales en línea disponibles gratuitamente, tales como los registros comerciales nacionales o el Sistema de Intercambio de Información sobre el IVA; o solicitando a los comerciantes que aporten documentación de respaldo, como copias de documentos de identidad, extractos bancarios, certificados de empresa o de registro comercial, etc.

43. Más allá de la obligación genérica de proporcionar información de forma transparente en caso de decisión de eliminación o inhabilitación de acceso a determinado contenido considerado ilícito, las plataformas en línea deben incluir en sus informes de carácter periódico información sobre el número de incidencias presentadas ante los órganos extrajudiciales de resolución de controversias; el número de denuncias manifiestamente infundadas y el uso de medios automáticos con el propósito de moderar contenido. Asimismo, el coordinador de servicios digitales podrá requerir información adicional, incluyendo explicaciones y justificación respecto de los datos utilizados -esta información no incluye datos personales-.

44. Y, por último, en este apartado, se hace referencia a cómo la publicidad en línea puede contribuir a riesgos significativos, que van desde la publicidad de contenidos ilícitos, hasta contribuir a los incentivos financieros para la publicación o amplificación de contenido y actividades en línea ilegales o dañinos, o la exhibición discriminatoria de publicidad con un impacto en la igualdad de trato y oportunidad de los ciudadanos. En este tipo de casos, se aplicaría tanto la Ley de Servicios Digitales como a modo de *lex specialis* (1) el Reglamento (UE) 2016/679⁴⁵, (2) la Directiva 2002/58/CE⁴⁶, (3) así como la Directi-

⁴³ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Para un estudio más minucioso y exhaustivo de la cuestión véase United Nations special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography. *25 Years of Fighting the Sale and Sexual Exploitation of Children: Addressing New Challenges*. Geneva: Office of the High Commissioner for Human Rights, 2016.

⁴⁴ Estas plataformas en línea deberán almacenar toda la información de manera segura durante un período de tiempo razonable que no exceda de lo necesario, de modo que las autoridades públicas puedan acceder a ella, de conformidad con la legislación aplicable, incluida la relativa a la protección de datos personales y particulares con un interés legítimo.

⁴⁵ 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).

⁴⁶ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas).

va 2000/31/CE⁴⁷, obligando a las plataformas a garantizar que los destinatarios del servicio dispongan de información individualizada para saber cuándo y en nombre de quién se muestra el anuncio. Asimismo, los destinatarios del servicio deben disponer de información sobre los principales parámetros utilizados para determinar qué publicidad concreta se les va a mostrar, proporcionando explicaciones significativas de la lógica utilizada a tal efecto, incluso cuando ésta se basa en la elaboración de perfiles⁴⁸.

D. Obligaciones específicas para las grandes plataformas en línea

45. La 4ª sección se aplica única y exclusivamente a las plataformas en línea que prestan servicios a un número medio mensual de destinatarios activos del servicio en la Unión igual o superior a 45 millones de personas. Lo que equivale al 10% de la población total de la Unión⁴⁹ (*vid.* ANEXO I). Este apartado es especialmente interesante de cara a la regulación de las actividades de los gigantes tecnológicos en el Metaverso. A tal efecto, la Comisión será la encargada de publicar el listado de plataformas en línea de gran tamaño en el Diario Oficial de la Unión Europea. Así las cosas, conviene señalar que las obligaciones específicas de la Ley de Servicios Digitales diseñadas para estas grandes empresas le serán de aplicación transcurridos cuatro meses desde su inclusión en el DOUE.

46. Una vez que el número de destinatarios de una plataforma alcanza una parte significativa de la población de la Unión, los riesgos sistémicos que ésta plantea pueden tener un impacto negativo desproporcionado en la UE. Dadas las circunstancias, se considera que las grandes plataformas en línea deben evaluar, principalmente, tres categorías de riesgos sistémicos. Una primera categoría se refiere a los riesgos asociados con el uso indebido de su servicio a través de la difusión de contenido ilegal, como la difusión de pornografía infantil o el discurso de odio⁵⁰, y la realización de actividades ilegales, como la venta de productos o servicios prohibidos por la normativa europea -piénsese, por ejemplo, en productos falsificados-. Estas actividades pueden amplificarse a través de cuentas con un alcance particularmente amplio. Una segunda categoría se refiere al impacto del servicio en el ejercicio de los derechos fundamentales, protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales, incluida la libertad de expresión e información, el derecho a la vida privada, el derecho a la no discriminación y los derechos de los niños. Dichos riesgos pueden surgir, por ejemplo, en relación con el diseño de los sistemas algorítmicos utilizados por la plataforma o el mal uso de su servicio a través del envío de avisos abusivos u otros métodos para silenciar el discurso o dificultar la competencia. Una tercera categoría de riesgos se refiere a la manipulación intencionada y, muchas veces, coordinada del servicio de la plataforma, con un impacto previsible en la salud, el discurso cívico, los procesos electorales, la seguridad pública y la protección de menores, teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar el orden público, proteger la privacidad y luchar contra las prácticas comerciales fraudulentas o engañosas. Dichos riesgos pueden surgir, por ejemplo, a través de la creación de cuentas falsas, el uso de *bots* y otros comportamientos automatizados o parcialmente automatizados, que pueden dar lugar a la difusión rápida y generalizada de información de contenido ilegal o incompatible con los términos y condiciones de una plataforma en línea.

⁴⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁴⁸ J. CRUZ ÁNGELES. “El diseño de perfiles algorítmicos para la gestión y protección de fronteras europeas: ¿una nueva forma de discriminación?”. *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, N° 57, 2021.

⁴⁹ Está previsto que la Comisión adopte actos delegados para establecer una metodología específica para calcular el número de beneficiarios activos mensuales medios del servicio en la UE. La metodología especificará, en particular, cómo determinar la población de la Unión y criterios para determinar el promedio mensual de destinatarios activos del servicio en la Unión, teniendo en cuenta las diferentes características de accesibilidad.

⁵⁰ J. CRUZ ÁNGELES. “Libertad de expresión vs. Discurso de odio en Internet: Análisis del marco jurídico internacional”. En: B. MARTÍN RÍOS, ed. *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 211-240.

47. Por todo ello, las grandes plataformas en línea deben realizar informes de carácter periódico en los que se muestre cómo evalúan posibles riesgos sistémicos derivados del funcionamiento y uso de sus servicios, incluyendo la difusión de contenidos ilícitos a través de sus servicios, los efectos negativos para el ejercicio de los derechos fundamentales -tales como el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de expresión e información, la prohibición de la discriminación y los derechos del niño, consagrados todos ellos en los artículos 7, 11, 21 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales respectivamente-. En estos informes de evaluación de riesgo debe tenerse muy en cuenta los sistemas de moderación de contenido, los sistemas de recomendación y los sistemas para seleccionar y mostrar publicidad.

48. Del mismo modo, las grandes plataformas en línea deben adoptar medidas de mitigación razonables, proporcionadas y eficaces, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos identificados⁵¹. Las plataformas en línea muy grandes deberían considerar, bajo tales medidas de mitigación, por ejemplo, mejorar o adaptar el diseño y el funcionamiento de su moderación de contenido, sistemas de recomendación algorítmica e interfaces en línea, de modo que desalienten y limiten la difusión de contenido ilegal, adaptando decisiones, elaborando procesos o adecuando sus términos y condiciones. También pueden incluir medidas correctivas, como suspender los ingresos por publicidad por contenido específico u otras acciones, como mejorar la visibilidad de las fuentes de información autorizadas. Además, las plataformas en línea pueden reforzar sus procesos internos o la supervisión de cualquiera de sus actividades, en particular, en lo que respecta a la detección de riesgos sistémicos. También pueden iniciar o aumentar la cooperación con los abanderados de confianza, organizar sesiones de formación e intercambios con éstos y cooperar con otros proveedores de servicios, incluso iniciando o uniéndose a códigos de conducta existentes u otras medidas de autorregulación.

49. En todo este *iter*, no sólo deben realizarse consultas a los representantes de los usuarios y sectores de la población afectados, sino que, además, dada la necesidad de garantizar la verificación por parte de expertos independientes, las plataformas en línea de gran tamaño deben dar acceso a un auditor a todos los datos relevantes necesarios para realizar una auditoría correctamente. Los auditores deben garantizar la confidencialidad, seguridad e integridad de la información, como los secretos comerciales, que obtengan en el desempeño de sus funciones y contar con la experiencia necesaria en el área de gestión de riesgos y la competencia técnica para auditar algoritmos. Si su independencia fuese puesta en duda, éstos deberán renunciar o abstenerse del trabajo de auditoría. El informe final de auditoría deberá estar fundamentado, a fin de dar cuenta significativa de las actividades realizadas y las conclusiones alcanzadas.

50. Las plataformas en línea muy grandes sugieren, clasifican y priorizan información algorítmicamente, distinguiendo texto(s) y representaciones visuales, o seleccionando de otro modo la información proporcionada para los destinatarios. Estas empresas deben presentar claramente los parámetros principales para dichos sistemas de recomendación de una manera fácilmente comprensible para garantizar que los destinatarios entiendan cómo se prioriza la información para ellos. También deben garantizar que los usuarios disfruten de opciones alternativas para los parámetros principales, incluidas opciones que no se basen única y exclusivamente en el perfil del destinatario.

51. Las plataformas en línea de gran tamaño deben garantizar el acceso público a los repositorios de anuncios que muestran en sus interfaces en línea para facilitar la supervisión y la investigación de los riesgos emergentes derivados de la distribución de publicidad en línea, por ejemplo, en relación con anuncios ilícitos o técnicas de manipulación y desinformación con un propósito real e impacto negativo previsible en la salud pública, la seguridad pública, el discurso ciudadano, la participación política y la igualdad. Los repositorios deben incluir el contenido de los anuncios y datos relacionados con el anunciante y la entrega del anuncio, en particular, cuando se trate de publicidad dirigida a un (perfil de) usuario específico.

⁵¹ A. SAVIN. *Eu Internet Law* (version Third edition.). Thirded. Elgar European Law Series. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

52. El coordinador de servicios digitales de cada uno de los Estados miembros podrá dirigir, si lo considera oportuno, una solicitud de acceso y escrutinio de datos a las grandes plataformas que operan en línea⁵². Dicha solicitud deberá ser atendida siempre y cuando esté motivada y presentada en un plazo razonable al considerarse dichos datos con el fin de contribuir a la identificación y comprensión de los riesgos sistémicos⁵³.

53. Las grandes plataformas en línea deben designar uno o más responsables que se encargarán de supervisar que se ejecute un correcto cumplimiento de la Ley de Servicios Digitales. A tal efecto, sólo podrán nombrar como “oficiales de cumplimiento” a personas que tengan las cualificaciones profesionales, los conocimientos, la experiencia y la capacidad necesarios para poder desempeñar tareas de representación, tanto *ad extra*, v. gr. cooperación con las autoridades competentes -desde coordinadores de servicios digitales a representantes de la Comisión- y supervisión de la auditoría independiente, como *ad intra*, encargándose de cursos de formación y asesoramiento al personal de su empresa.

54. Se prevé un plazo de seis meses para la publicación de informes periódicos de medidas de mitigación de riesgos, así como se exige, como mínimo, la publicación de un informe con carácter anual mostrando los principales resultados de la auditoría externa. En aquellos casos en que la plataforma considere que la divulgación de dicho informe pueda generar vulnerabilidades significativas para la seguridad de su servicio, o que pueda socavar la seguridad pública o causar daños a destinatarios, podrá eliminar dicha información de los informes. En este caso, deberá remitir los informes completos al coordinador de servicios digitales y a la Comisión, acompañado de una exposición de motivos por los que retira la información de los informes de carácter público.

E. La elaboración de estándares y códigos de conducta

55. La Comisión reconoce que será necesaria una actualización de la normativa comunitaria a la luz de la evolución tecnológica y del comportamiento de todos estos servicios en el Metaverso. En vista de las circunstancias, plantea su apoyo y promoción del desarrollo y aplicación de normativa con marcado carácter *de autorregulación*⁵⁴ y *corregulación*⁵⁵ desarrollada por organismos europeos e internacionales, al menos, en lo relativo a presentación electrónica de notificaciones, envío electrónico de avisos por abanderados de confianza, interfaces específicas para facilitar el cumplimiento de la Ley de Servicios Digitales, auditoría de plataformas en línea muy grandes, interoperabilidad de los repositorios de anuncios y transmisión de datos entre intermediarios publicitarios en apoyo de las obligaciones de transparencia establecidas.

⁵² Está previsto que se adopten actos delegados en los que se establezcan condiciones técnicas en las que las grandes plataformas en línea deberán compartir datos de conformidad con lo dispuesto en el borrador de la Ley de Servicios Digitales.

⁵³ De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, teniendo en cuenta los derechos e intereses de las plataformas en línea de gran tamaño y los destinatarios de los servicios de que se trate, incluida la protección de la información confidencial, en particular, los secretos comerciales y el mantenimiento de la seguridad de su servicio, los investigadores podrán examinar la información proporcionada siempre y cuando estén afiliados a instituciones académicas, sean independientes de los intereses comerciales y tengan registros probados de la experiencia en dicho campo de investigación.

⁵⁴ Las iniciativas de autorregulación incluyen, *inter alia*, compromisos de seguridad de los productos, memorándums de entendimiento contra los productos falsificados, el código de conducta contra la incitación al odio, así como el código de buenas prácticas sobre desinformación, tal y como se anuncia en el Plan de Acción Europeo para la Democracia.

⁵⁵ Es importante promover estándares industriales voluntarios que cubran ciertos procedimientos técnicos, donde la industria puede ayudar a desarrollar medios estandarizados para cumplir con el contenido de la Ley de Servicios Digitales, tales como permitir el envío de avisos, incluso a través de interfaces de programación de aplicaciones, o sobre la interoperabilidad de los repositorios de anuncios. Dichos estándares podrían ser útiles, en particular, para los proveedores relativamente pequeños de servicios de intermediación. Los estándares podrían distinguir entre diferentes tipos de contenido ilícito o diferentes tipos de servicios intermediarios, según corresponda. Nada impide a los proveedores de servicios que adhieran a los estándares de debida diligencia las mejores prácticas y se beneficien de la orientación brindada por la Comisión, al participar en el proceso de desarrollo y aplicación de los códigos de conducta.

56. Igualmente, la Comisión admite que pretende fomentar y facilitar la elaboración de códigos de buena conducta a nivel de la Unión para contribuir a la correcta aplicación de la Ley de Servicios Digitales, teniendo en cuenta, en particular, los desafíos específicos a abordar por los diferentes tipos de contenido ilícito y los riesgos sistémicos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en particular, en materia de competencia y protección de datos personales⁵⁶. En relación con este punto, reconocemos el valor de la herramienta del código de conducta como fuente complementaria, a la par que subrayamos los peligros de la autorregulación en un sector que el operador jurídico no siempre alcanza a comprender debido a su dinamismo y complejidad, como es el de las tecnologías de la información y la comunicación.

57. En relación con la elaboración de códigos de buena conducta, la Comisión presta especial atención en su *draft* a aquéllos que impliquen a los proveedores de servicios de intermediación de publicidad en línea u organizaciones que representen a los destinatarios del servicio y organizaciones de la sociedad civil o autoridades pertinentes para contribuir a una mayor transparencia en la publicidad, tratando de garantizar que dichos códigos partan de la necesidad de transmisión de información en poder de los proveedores de servicios de intermediación de publicidad en línea a repositorios y usuarios, con el fin de que éstos últimos pueden hacer valer sus derechos como consumidores.

58. En vista de los acontecimientos vividos en los últimos años, no es de extrañar que la Comisión haya incluido una cláusula relativa a la necesidad de comenzar a trabajar en la elaboración de protocolos de crisis que incluyan a las grandes plataformas en línea en las estrategias para hacer frente a situaciones estrictamente limitadas a circunstancias extraordinarias que afecten a la seguridad o a la salud pública⁵⁷. En estas situaciones excepcionales, se prevería el uso de las grandes plataformas de información y comunicación como un medio para mostrar información destacada, garantizar que su punto de contacto pudiera asumir tareas o responsabilidades en relación con la gestión de la crisis o, en su caso, adaptar parte de los recursos destinados, inicialmente, al cumplimiento de todas las obligaciones analizadas *ad supra* a las necesidades del momento.

III. Supervisión y control del mercado único de servicios digitales

59. La regulación coherente y efectiva de un mercado único sin fronteras para los servicios digitales requiere una mayor cooperación entre los Estados miembros para garantizar la supervisión y el cumplimiento efectivos de las nuevas obligaciones previstas en la propuesta de Reglamento. En este sentido, como hemos podido comprobar, el proyecto establece responsabilidades claras para el Estado miembro que supervisa el cumplimiento de las obligaciones establecidas a los proveedores de servicios establecidos en su territorio. Esto garantiza una aplicación más efectiva de la normativa y protege a los ciudadanos de la Unión. Su objetivo es proporcionar procesos simples y claros para que tanto los usuarios como los proveedores de servicios se sientan seguros en sus interacciones con las autoridades supervisoras. No obstante, la situación se complica cuando un mismo caso o incidencia implica a varios Estados miembros de la Unión Europea.

60. Para poder comprender dichas dinámicas de cooperación se requiere, en primer lugar, identificar a las autoridades nacionales competentes, incluidos los coordinadores de servicios digitales, que son las principales autoridades nacionales designadas por los Estados miembros para la aplicación coherente de la Ley de Servicios Digitales. Acto seguido, examinaremos las disposiciones relativas al Consejo Europeo de Servicios Digitales, un grupo consultivo independiente de coordinadores creado para

⁵⁶ R. WEBER, ROLF & D. STAIGER. *Transatlantic Data Protection in Practice*. Berlin, Germany, Springer, 2017.

⁵⁷ Las circunstancias extraordinarias pueden implicar cualquier evento imprevisto, como terremotos, huracanes, pandemias y otras amenazas transfronterizas graves para la salud pública, guerras y actos de terrorismo, donde, por ejemplo, las plataformas en línea pueden usarse indebidamente para la rápida difusión de contenido ilegal o desinformación. En estas situaciones de crisis, las plataformas de comunicación se presentan como un valioso recurso para proporcionar información fiable.

la ocasión. Y, por último, nos referiremos al rol de la Comisión Europea en relación con la supervisión, investigación, aplicación y seguimiento reforzado en caso de que las plataformas en línea infrinjan las obligaciones específicas que les incumben. Todo ello con el fin de poder comprender cómo se articulan e interaccionan las distintas autoridades para poder asegurar un cumplimiento efectivo del contenido de la Ley de Servicios Digitales.

1. El coordinador de servicios digitales

61. A tenor de lo dispuesto en el borrador de la propuesta, entendemos que, en principio, debe atribuirse a los Estados miembros la tarea de garantizar la supervisión y el cumplimiento adecuados de las obligaciones establecidas en la Ley de Servicios Digitales. Con este fin, cada Estado deben designar, al menos, una autoridad con la tarea de aplicar y hacer cumplir su normativa. No obstante, los Estados miembros también pueden encomendar a más de una autoridad competente tareas y competencias específicas de supervisión o ejecución en relación la misma. Por ejemplo, para sectores muy específicos, como pudiese ser el caso de la protección de los consumidores, siempre y cuando se detalle su estructura organizativa y administrativa interna.

62. Una vez identificado el coordinador de servicios digitales, éste debe actuar como punto de contacto único con respecto a todos los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley de Servicios Digitales para la Comisión, el Consejo de Servicios Digitales, los coordinadores de otros Estados miembros, así como para autoridades competentes del mismo Estado miembro⁵⁸. Éste se encargará de coordinar y cooperar, de conformidad con la legislación nacional que establezca sus funciones y deberá garantizar la participación efectiva de todas las autoridades competentes en la supervisión y ejecución a nivel de la Unión. En principio, no se impide a los Estados miembros fusionar funciones dentro de una autoridad existente, de conformidad con el Derecho de la Unión.

63. Un proveedor debe encontrarse bajo la jurisdicción del Estado miembro en el que se encuentra su establecimiento principal, es decir, donde éste tiene su domicilio social o en el que desarrolla las principales actividades financieras y el control operativo de las mismas. Con respecto a aquéllos que no tengan un establecimiento en la Unión, pero que sí ofrezcan servicios en la UE y, por tanto, entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Servicios Digitales, se registrarán por lo dispuesto en la normativa del Estado miembro en el que hayan designado a su representante legal. Asimismo, en aquellos casos en los que no se haya designado un representante legal, dicha empresa o servicio se encontrará sujeto a la jurisdicción de todos los Estados miembros, siempre que se respete el principio *ne bis in idem*. A tal fin, el Estado miembro que ejerza su jurisdicción deberá informar al resto a la mayor brevedad posible.

64. Los Estados miembros deben establecer en su legislación nacional, de conformidad con el Derecho de la Unión y, en particular, la Ley de Servicios Digitales, las condiciones detalladas y los límites para el ejercicio de las facultades de investigación y ejecución de sus coordinadores de servicios digitales y otras autoridades competentes. En el ejercicio de dichas facultades, las autoridades competentes deben garantizar un procedimiento previo, justo e imparcial antes de tomar cualquier decisión final, incluido el derecho a ser oído de las personas interesadas, y el derecho a tener acceso al expediente, respetando la confidencialidad y el secreto profesional y comercial, así como la obligación de dar razones significativas de las decisiones. Esto no impide la adopción de medidas en caso de urgencia

⁵⁸ Es necesario garantizar que dichas autoridades actúen con total independencia de los organismos públicos y privados, sin la obligación o posibilidad de solicitar o recibir instrucciones, incluso del gobierno, y sin perjuicio de los deberes específicos de cooperación con otras autoridades competentes, los coordinadores de servicios digitales y la Comisión. Asimismo, la independencia de estas autoridades no debe significar que no puedan estar sujetas, de conformidad con las instituciones nacionales y sin poner en peligro la consecución de los objetivos de la Ley de Servicios Digitales, a mecanismos nacionales de control o seguimiento de sus gastos financieros o a revisión judicial, o que no puedan estar sometidos a otras autoridades nacionales, incluidas aquellas encargadas de hacer cumplir la ley o las autoridades de gestión de crisis, cuando corresponda.

debidamente justificadas y sujetas a las condiciones y principios procesales apropiados. El ejercicio de los poderes también será proporcionado, *inter alia*, en relación con la naturaleza y el daño global real o potencial causado por la infracción o supuesta infracción. De modo que, en principio, las autoridades competentes tomarán decisiones basándose en los hechos y circunstancias pertinentes del caso, incluida la información recopilada por las autoridades competentes de otros Estados miembros.

65. Además, los Estados miembros también se encargarán de garantizar que las infracciones de las obligaciones establecidas en la Ley de Servicios Digitales puedan sancionarse de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, teniendo en cuenta la naturaleza, gravedad, la reincidencia y la duración de la infracción, así como el interés público perseguido, el alcance, el tipo de actividades realizadas y la capacidad económica del infractor. En particular, las sanciones deben tomar en consideración si el proveedor de los servicios de intermediación en cuestión incumple (o no) de forma sistemática o recurrente sus obligaciones, así como, en su caso, si el proveedor opera en varios Estados miembros.

66. A su vez, las personas u organizaciones representativas podrán presentar sus quejas, relacionadas con el cumplimiento de la Ley de Servicios Digitales, ante el coordinador de servicios digitales que se encuentre en el territorio donde recibieron el servicio. Dicho mecanismo servirá para proporcionar una visión general de las inquietudes relacionadas con el cumplimiento de un proveedor de servicios como intermediario en particular y también servirá para informar al coordinador de servicios digitales sobre cualquier otro problema transversal. Todo ello, sin descartar la posibilidad de que pueda requerirse una cooperación transfronteriza.

67. En el caso específico de violaciones graves y persistentes, los Estados miembros deben garantizar que los coordinadores de servicios digitales puedan tomar medidas que sean eficaces. Especialmente, cuando dichas medidas puedan afectar a los derechos de terceros, como pudiese ser la restricción de acceso a una determinada interfaz a todos los usuarios, requiriéndose autorización judicial⁵⁹. En particular, los terceros potencialmente afectados deben tener la oportunidad de ser oídos y dichas órdenes judiciales sólo pueden dictarse cuando los poderes para tomar tales medidas estén previstos en otros actos del Derecho de la Unión o en la legislación nacional, por ejemplo, para proteger los intereses colectivos de los consumidores, para garantizar la eliminación de las páginas web que contienen o difunden pornografía infantil o para deshabilitar el acceso a los servicios que un tercero está utilizando para infringir un derecho de propiedad intelectual.

68. Los coordinadores de servicios digitales deben publicar periódicamente un informe sobre las actividades realizadas en virtud de la Ley de Servicios Digitales. En dicho informe se tratará la información relativa a las órdenes judiciales emitidas con base a lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de protección de datos y se computará distinguiendo el número de órdenes existentes en cada período.

69. Mediante mecanismos de cooperación transfronteriza, un coordinador de servicios digitales puede solicitar a otro que tome medidas, en caso de que haya emitido una recomendación para evaluar cuestiones que involucren a más de tres Estados miembros, remitiendo el expediente a la Comisión en caso de desacuerdo en materia de evaluaciones o medidas tomadas o propuestas a adoptar. En con-

⁵⁹ Las órdenes de restricción de acceso no deben ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr su objetivo. A tal efecto, deben tener carácter temporal y dirigirse, en principio, a un proveedor de servicios de intermediación, como el correspondiente proveedor de servicios de alojamiento, proveedor de servicios de internet o registro de dominios, que se encuentre en una posición razonable para lograr ese objetivo sin restringir indebidamente el acceso a información lícita. En cuanto al régimen jurídico de aplicación, debemos considerar que aquellas órdenes judiciales dirigidas a proveedores de servicios de intermediación que contengan una solicitud o requerimiento de suministro de información específica sobre destinatarios individuales deben regirse por lo dispuesto en el Proyecto de Ley de Servicios Digitales. En cambio, las órdenes sobre información que afecten a un grupo de destinatarios del servicio que no estén específicamente identificados, incluidas aquellas órdenes que soliciten información agregada requerida con fines estadísticos o para la celebración de políticas basadas en pruebas, no se verán afectadas por el contenido de dicha normativa. Por tanto, entendemos que le será de aplicación la normativa interna del Estado miembro en cuestión.

secuencia, la Comisión, podrá solicitar al coordinador de servicios digitales competente que vuelva a evaluar el asunto y adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento en un plazo definido⁶⁰. Además, con el fin de facilitar la supervisión y las investigaciones transfronterizas en las que participen varios Estados miembros, los coordinadores de servicios digitales podrán participar, de forma permanente o temporal, en actividades conjuntas de supervisión e investigación sobre asuntos cubiertos por la Ley de Servicios Digitales⁶¹.

70. En última instancia, en vista de los desafíos particulares que puedan surgir en relación con la evaluación y garantía del cumplimiento de una plataforma en línea de gran tamaño, por ejemplo, en relación con la escala o la complejidad de una supuesta infracción o la necesidad de conocimientos o capacidades particulares a nivel de la Unión Digital, los coordinadores de servicios deben tener la posibilidad de solicitar, de forma voluntaria, a la Comisión que intervenga y ejerza sus facultades de investigación y ejecución en virtud de lo dispuesto en el borrador de la Ley de Servicios Digitales.

2. La creación del Consejo Europeo de Servicios Digitales

71. Para garantizar una aplicación coherente de la Ley de Servicios Digitales se propone la creación de un grupo consultivo independiente a nivel de la Unión, que apoyará a la Comisión y ayudará a coordinar las acciones de los coordinadores de servicios digitales. El Consejo Europeo de Servicios Digitales estaría compuesto por los coordinadores de servicios digitales, sin perjuicio de la posibilidad de que éstos inviten a sus reuniones o designen delegados *ad hoc* de otras autoridades competentes a las que se haya encomendado tareas específicas, cuando así se requiera de conformidad con su asignación nacional de tareas y competencias. En caso de múltiples participantes de un Estado miembro, el derecho de voto debe quedar limitado a un representante por Estado miembro.

72. Se espera que el Consejo Europeo de Servicios Digitales contribuya a lograr una perspectiva común de la Unión sobre la aplicación coherente de la Ley de Servicios Digitales y la cooperación entre las autoridades competentes, incluso asesorando a la Comisión y a los coordinadores de los servicios digitales sobre las medidas adecuadas de investigación y ejecución, en particular, en relación con grandes plataformas en línea⁶². Además, este órgano colegiado contribuiría de forma proactiva en la redacción de modelos y códigos de buena conducta pertinentes y analizaría las tendencias generales emergentes en el desarrollo de los servicios digitales en la Unión.

73. El borrador que contempla la creación del Consejo Europeo de Servicios Digitales propone reunir a los representantes de los coordinadores de servicios digitales y otras posibles autoridades competentes bajo la presidencia de la Comisión⁶³, con el fin de garantizar una evaluación de los asuntos que se le sometán en una dimensión plenamente europea. Habida cuenta de los elementos transversales que

⁶⁰ Esta posibilidad se entiende sin perjuicio del deber general de la Comisión de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión y, en su caso, de hacer cumplir el Derecho de la Unión, bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con los Tratados, en caso de que el coordinador de servicios digitales no tome ninguna medida en virtud de dicha solicitud. Cuando el presunto infractor sea una plataforma en línea de gran tamaño, la Comisión podrá intervenir.

⁶¹ Estas actividades pueden incluir a otras autoridades competentes y pueden cubrir una gran variedad de temas, que van desde ejercicios coordinados de recopilación de datos hasta solicitudes de información o inspecciones de locales, dentro de los límites y el alcance de las facultades disponibles para cada autoridad participante. Se puede solicitar al Consejo Europeo de Servicios Digitales que brinde asesoramiento en relación con esas actividades, por ejemplo, proponiendo hojas de ruta y cronogramas para las actividades o proponiendo grupos de trabajo creados *ad hoc* con la participación de las autoridades involucradas.

⁶² A tal fin, el Consejo Europeo de Servicios Digitales debe poder adoptar dictámenes, solicitudes y recomendaciones dirigidos a los coordinadores de servicios digitales u otras autoridades nacionales competentes. No se plantean como instrumentos jurídicamente vinculantes, aunque la decisión de apartarse de éstos deberá explicarse adecuadamente y la Comisión podría tenerlo en cuenta al evaluar el cumplimiento de la Ley de Servicios Digitales por parte del Estado(s) miembro(s) en cuestión.

⁶³ La Comisión, a través del Presidente, participaría en las reuniones del Consejo Europeo de Servicios Digitales sin derecho a voto.

pueden ser pertinentes para otros marcos normativos a escala de la Unión, se plantea también la posibilidad de que el Consejo Europeo de Servicios Digitales pueda cooperar con otros órganos, oficinas, agencias y grupos consultivos de la Unión con responsabilidades en ámbitos como la igualdad, incluida la igualdad entre mujeres y hombres, no discriminación, protección de datos, comunicaciones electrónicas, servicios audiovisuales, detección e investigación de fraudes contra el presupuesto de la Unión Europea en materia de derechos de aduanas, o protección de consumidores, según sea necesario para el desempeño de sus funciones.

2. La potestad sancionadora de la Comisión Europea

74. En vista de la importancia de las plataformas en línea de gran tamaño que operarán en el Multiverso, así como de su alcance e impacto, el incumplimiento de sus obligaciones específicas puede afectar a un número considerable de destinatarios de los servicios en diferentes Estados miembros y puede causar grandes perjuicios y daños a la sociedad, siendo éstos particularmente difíciles de identificar y abordar. Para ello, es necesario establecer un sistema común de supervisión y ejecución reforzadas a nivel de la Unión. De este modo, una vez que se haya identificado una infracción de una de las disposiciones que se aplican única y exclusivamente a las plataformas en línea de gran tamaño, por ejemplo, a raíz de investigaciones, auditorías o quejas individuales o colectivas, el coordinador de servicios digitales del establecimiento -por iniciativa propia o con el asesoramiento del Consejo Europeo de Servicios Digitales- podrá supervisar cualquier medida posterior adoptada por la plataforma en cuestión, tal y como se establece en su plan de acción. En este tipo de casos, el coordinador de servicios podrá solicitar la realización de una auditoría específica adicional, de forma voluntaria, para establecer si dichas medidas son suficientes para hacer frente a la infracción. Al final de dicho procedimiento, informará al Consejo Europeo de Servicios Digitales, a la Comisión y a la plataforma implicada acerca de su parecer sobre si ésta abordó adecuadamente o no la infracción, especificando, en particular, posibles medidas a adoptar y una evaluación.

75. Si la infracción de la disposición que se aplica únicamente a plataformas en línea de gran tamaño no se aborda de manera efectiva por la empresa implicada de conformidad con su plan de acción, sólo la Comisión podrá, por iniciativa propia o previo dictamen del Consejo Europeo de Servicios Digitales, decidir investigar más a fondo la infracción en cuestión y las medidas que la plataforma ha tomado posteriormente, ocupando el lugar que hasta el momento ostentaba en el procedimiento el coordinador de servicios digitales del Estado miembro en cuestión.

76. Recordemos que la Comisión, en tanto que guardiana de Tratados, tiene libertad para decidir si interviene (o no) en cualquiera de las situaciones en las que está facultada para hacerlo en virtud de la Ley de Servicios Digitales. Una vez que ésta inicia el procedimiento, se impide a los coordinadores de servicios digitales que ejerzan sus facultades de investigación y ejecución con respecto a la conducta pertinente de la gran plataforma en línea en cuestión, a fin de evitar duplicaciones, incoherencias y riesgos desde el punto de vista del principio *ne bis in idem*⁶⁴.

77. En el marco de estos procedimientos, la Comisión puede tener acceso a todos los documentos, datos e información necesarios para abrir y realizar investigaciones y controlar el cumplimiento de las obligaciones pertinentes establecidas en la Ley de Servicios Digitales, independientemente de quién posea dichos documentos, datos o información, con independencia de su forma o formato, de su

⁶⁴ No obstante, en aras de la eficacia, los coordinadores de servicios podrán ejercer sus funciones para ayudar a la Comisión, siempre a petición de ésta, desempeñando sus funciones de supervisión. Éstos deberán proporcionar a la Comisión toda la información y asistencia necesarias para permitirle desempeñar sus funciones con eficacia. A tal efecto, la Comisión tendrá en cuenta las evaluaciones pertinentes realizadas por los coordinadores y las pruebas e información pertinentes recopiladas por éstos, sin perjuicio de las facultades y responsabilidades de la Comisión para llevar a cabo investigaciones adicionales si se considera necesario.

soporte de almacenamiento, o del lugar preciso en que se encuentren. Ello quiere decir que la Comisión está facultada para exigir el acceso a las bases de datos y algoritmos de las personas pertinentes y las explicaciones relativas a los mismos, así como a entrevistas, con su consentimiento, a cualquier persona que pueda estar en posesión de información útil y a registrar las declaraciones realizadas. Además, también está facultada para realizar aquellas inspecciones que considere necesarias para hacer cumplir las disposiciones pertinentes de la Ley de Servicios Digitales. Para ello, podrá solicitar la asistencia de los coordinadores de servicios digitales, así como de las autoridades de otros Estados miembros.

78. Una vez concluidas las investigaciones necesarias, la Comisión podrá adoptar medidas provisionales -si lo considera necesario-, así como monitorear su cumplimiento. En última instancia, la Comisión puede cerrar la cuestión de varias formas. En primer lugar, mediante la adopción de una decisión de incumplimiento cuando compruebe que la plataforma en línea de gran tamaño en cuestión no cumple las disposiciones de la Ley de Servicios Digitales, las medidas cautelares impuestas y/o los compromisos vinculantes contraídos. En segundo lugar, también puede imponer una multa, que no deberá superar el 6% del volumen de negocios total declarado en el último ejercicio fiscal cuando detecte una (in)acción intencionada o negligente. A lo que podrá añadir multas adicionales que no superen el 1% de su volumen total de negocios durante el último ejercicio financiero en aquellos casos en los que la plataforma de gran tamaño se niegue a proporcionar la información requerida o no lo haga a tiempo -de forma injustificada-. Y, en tercer y último lugar, también se contempla la posibilidad de que la Comisión pueda imponer el pago de multas periódicas hasta que la plataforma afectada cumpla con sus obligaciones.

IV. Conclusiones

79. La Unión Europea es una Organización Internacional que nunca deja de asombrar y maravillarse tanto a propios como a extraños. En este caso de estudio, al menos, en aquello que me concierne, debo confesar que, por varios motivos, que trataré de concretizar y sintetizar a continuación.

80. En primer lugar, por el instrumento legislativo o acto normativo escogido. Era de esperar que el legislador comunitario optase o, como mínimo, tuviese en cuenta, la posibilidad de utilizar el Reglamento debido a la relativa urgencia que requiere un tema tan de actualidad como el del Metaverso, además de por todas las implicaciones socio-económicas que podría tener -si consideramos las redes sociales como un antecedente inmediato a su gestación-. No obstante, el hecho de que hayamos normalizado la denominación de las dos propuestas de Reglamento que integran el paquete de medidas para el mercado único de servicios digitales como “leyes” entiendo que es una muestra más de cómo, en estos tiempos de crisis continua, Europa sigue avanzando en un proceso de integración hacia un sistema cada vez más federalista. De algún modo, podemos ver cómo lejos de verse agotada o dañada por los avatares del paso del tiempo, Europa se alza una y otra cada vez más fuerte. Y, si no es así, al menos, resiste, que no es poco.

81. En segundo lugar, reconozco que, en un primer momento, afronté el estudio del nuevo paquete de medidas con cierto escepticismo. El comisario THIERRY BRETON parecía estar muy seguro, en la respuesta que dio, hace apenas unos días, a la pregunta parlamentaria de la eurodiputada ISABELLA ADINOLFI, en la que aseguraba que la normativa comunitaria estará preparada a tiempo para poder regular un mundo digital, aunque no descarta que sea necesaria alguna revisión. Y, lo cierto, es que, tras el ejercicio de análisis de las propuestas, no sólo me parece que esté preparada, sino que, además, puedo apreciar cómo el legislador comunitario ha conseguido confeccionar una normativa que se centra de forma clara y concisa en la actividad que realizan estas plataformas o proveedores de servicios de intermediación, consiguiendo que ésta pueda integrarse perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico comunitario con una técnica normativa prudente y, en mi humilde opinión, con un nivel de detalle digno de admiración. A través de esta intervención, el legislador ha sido capaz de desarrollar un instrumento (la propuesta de Ley de Servicios) que va directo al fondo de la cuestión y que puede ser complementado a modo de *lex specialis* por aquella normativa que le precede en cuestiones que requieran un estudio más

profundo o en supuestos que puedan alejarse del esquema de la propuesta en cuestión. Queda pendiente, por una cuestión de espacio, un desarrollo o estudio ulterior de la propuesta de Ley de Mercados que trata de evitar que ningún gigante tecnológico se alce como el “guardián del ciberespacio”. Para algunos quizás sea un proyecto muy ambicioso, lo que es innegable es la noble motivación que subyace tras el borrador de propuesta.

82. Y, en tercer y último lugar, quisiera recalcar la elegancia con la que el legislador comunitario admite, de forma indirecta, que no puede controlar al 100% una actividad empresarial que viene del continente americano y, todo parece apuntar, que para quedarse en las próximas décadas. En su lugar, admitimos que no se puede extraer una obligación general por parte de los proveedores de servicios a la hora de tomar medidas proactivas en relación con la detección del contenido ilícito. De tal forma que, entendemos que los proveedores de servicios de intermediación en el Metaverso no están sujetos a una obligación de seguimiento con respecto a las obligaciones de carácter general. Aunque, y ahí está el *quid* de la cuestión, esto no se aplica a las obligaciones de seguimiento en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales de conformidad con su normativa interna.

83. A modo de añadidura, quisiera destacar que quizás deberíamos plantearnos si estamos facultando a los proveedores de estos servicios para poder llevar a cabo, de forma voluntaria, indagaciones encaminadas a detectar, identificar y actuar contra los contenidos ilícitos, siempre que estas actividades se realicen de buena fe y con debida diligencia o si, y digo quizás, deberíamos admitir que no contamos todavía ni con la tecnología ni con los medios necesarios para controlar de una forma total y efectiva su actividad interna de supervisión de contenido(s).

84. A fin de cuentas, bien es cierto que no podemos confiar única y exclusivamente en la técnica de la autorregulación y la corregulación en relación con el desarrollo de estándares y códigos de conducta -sólo hay que ver los *leading cases* norteamericanos en los que las grandes multinacionales deben acabar indemnizando a comunidades enteras por daños medioambientales al desarrollar tecnología que ni ellos acababan de comprender-. Mientras tanto, al otro lado del Atlántico, en el continente europeo, estamos desarrollando mecanismos de cooperación entre las distintas autoridades competentes en los Estados miembros -tanto judiciales como administrativas- con una voluntad de querer controlar la actividad en el ciberespacio. Sólo el tiempo podrá decirnos en qué medida esas órdenes judiciales o administrativas de requerimiento de información son realmente efectivas. En caso de que todo falle, siempre nos quedará el poder sancionador de la Comisión, ¿o no?

ANEXO
Definiciones específicas de “usuarios finales activos” y “usuarios comerciales activos”
por cada servicio que ofrece la plataforma principal

Servicios de la plataforma central	Usuarios finales activos	Usuarios empresariales activos
Servicios de intermediación en línea	Número de usuarios finales únicos que interactuaron con el sitio web en línea (servicio de intermediación) al menos una vez al mes. Por ejemplo: iniciando sesión, activamente, realizando una consulta, haciendo clic o desplazándose o concluyendo una transacción a través del servicio de intermediación al menos una vez al mes.	Número de usuarios comerciales únicos que tenían, al menos, un elemento en la lista en los servicios de intermediación en línea durante todo el año o concluyeron una transacción habilitada por el servicio de intermediación en línea durante el año.
Motores de búsqueda en línea	Número de usuarios que interactuaron con el motor de búsqueda, al menos, una vez al mes. Por ejemplo, a través de una consulta.	Número de usuarios comerciales únicos con sitios web comerciales (es decir, sitio web utilizado con fines comerciales o profesionales) indexado por parte del índice del buscado en línea durante un año.
Servicios de redes sociales en línea	Número de usuarios finales únicos que interactuaron con el sitio en línea, al menos, una vez al mes. Por ejemplo, mediante el inicio de sesión activo, la apertura de una página, desplazándose, haciendo clic, “me gusta”, realizando una consulta, publicando o comentando contenido(s).	Número de usuarios comerciales únicos que tienen una cuenta comercial en el servicio de redes sociales en línea y se han comprometido, de algún modo, con el servicio, al menos, una vez al año. Por ejemplo, iniciando sesión activamente, abriendo una página, desplazándose, haciendo clic, “me gusta”, realizando una consulta, publicando, comentando o usando sus herramientas para empresa(s).
Plataformas para compartir vídeos en línea	Número de usuarios finales únicos que interactuaron con el servicio de plataforma para compartir vídeos, al menos, una vez al mes. Por ejemplo, mediante la reproducción de un segmento del contenido audiovisual, realizando una consulta o subiendo contenido audiovisual, en particular, vídeos generados por el propio usuario.	Número de usuarios comerciales únicos que proporcionaron, al menos, una parte de contenido audiovisual subido o reproducido en el servicio habilitado para compartir vídeos de la plataforma durante un año.
Servicios de comunicación interpersonal con números independientes	Número de usuarios finales únicos que iniciaron sesión o que participaron, de cualquier modo, en una comunicación a través de su número independiente en el servicio de comunicación interpersonal, al menos, una vez en un mes.	Número de usuarios comerciales únicos que usaron una cuenta comercial o iniciaron, o participaron, de cualquier otro modo, en una comunicación a través de un número independiente en el servicio de comunicación interpersonal para comunicarse directamente con un usuario final, al menos, una vez, durante un año.
Sistemas operativos	Número de usuarios únicos que utilizaron un dispositivo con el sistema operativo, que ha sido activado, actualizado o utilizado al menos una vez en un mes.	Número de desarrolladores únicos que publicaron, actualizaron u ofrecieron en, al menos, una aplicación de software o programa de software que utiliza el lenguaje de programación o cualquier herramienta de desarrollo de software de, o funcionando de algún modo, a través del sistema operativo, durante un año.
Asistente virtual	Número de usuarios finales que interactuaron con el asistente virtual, de algún modo, al menos, una vez al mes, como, por ejemplo, activándolo, formulando una pregunta, accediendo a un servicio a través de un comando o control de un dispositivo de una casa inteligente.	Número de desarrolladores únicos que ofrecieron, al menos, una aplicación virtual de software asistente o una funcionalidad para hacer una aplicación de software existente accesibles a través del ayudante virtual durante un año.
Navegadores web	Número de usuarios únicos que interactuaron con el navegador web, al menos, una vez al mes, por ejemplo, insertando una consulta o dirección de sitio web en la línea URL del navegador web.	Número de usuarios únicos cuyos sitios web comerciales (es decir, sitio web utilizado en actividad comercial o profesional) han sido accedidos a través del navegador web, al menos, una vez, durante un año, o que ofreció un <i>plug-in</i> , extensión o complemento utilizado en el navegador web durante un año.

Servicios de la plataforma central	Usuarios finales activos	Usuarios empresariales activos
Servicios de computación en la nube	Número de usuarios únicos que interactuaron con cualquier servicio de computación del proveedor relevante de servicios informáticos en la nube, al menos, una vez al mes, a cambio de cualquier tipo de remuneración, independientemente de que ésta se produzca el mismo mes.	Número de usuarios que proporcionan cualquier servicio de computación alojado en la infraestructura de la nube pertinente durante un año.
Servicios de publicidad en línea	<p>Para ventas por cuenta propia de espacios publicitarios: Número de usuarios únicos que estuvieron expuestos a la publicidad, al menos, una vez al mes.</p> <p>Para los servicios de intermediación publicitaria (incluida la publicidad en redes, intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria): Número de usuarios únicos que estuvieron expuestos a la publicidad que desencadenó el servicio de intermediación, al menos, una vez al mes.</p>	<p>Para ventas por cuenta propia en espacios publicitarios: Número de anuncios únicos que tenían, al menos, un anuncio mostrado durante un año.</p> <p>Para servicios de intermediación publicitaria (incluida la publicidad en redes, intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación de publicidad): Número de usuarios únicos (incluidos anunciantes, editores u otros intermediarios) que interactuaron a través, o fueron atendidos por, el servicio de intermediación de publicidad durante un año.</p>

Fuente: Información extraída de los ANEXOS de las propuestas de Reglamento de la Ley de Servicios Digitales y Ley de Mercados Digitales. Traducción propia.

En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz

In Search of a Workable Concept of “Undertaking” in Competition Law: ECJ’s Sumal v. Mercedes Benz

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido: 16.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7185

Resumen: Una década después de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, y su tardía transposición a nuestro derecho interno por el RD Ley 9/2017, las acciones de daños y perjuicios han florecido en el panorama de la aplicación privada del Derecho de la competencia, tanto en el ámbito de la UE como en España. Particularmente, el conocido *cártel de los camiones* ha originado una litigiosidad sin precedentes, en la que los perjudicados han ido sorteando todo tipo de obstáculos, tanto sustantivos como procesales. De estos últimos, sin duda uno de los más complicados, por la ausencia de un régimen legal claro, el de la alegada falta legitimidad pasiva de las demandadas. La sentencia del TJUE del pasado 6 de octubre de 2021, que resuelve esta cuestión, aborda para ello el análisis del concepto de “empresa” en este ámbito, estableciendo nuevas reglas que permitan una imputación de responsabilidad “descendente” a las filiales por la conducta anticompetitiva de sus matrices.

Palabras clave: Aplicación privada, acciones de daños, responsabilidad, empresa, unidad económica.

Abstract: A decade after the approval of Directive 2014/104/EU, and its late transposition into Spanish law by Royal Decree Law 9/2017, actions for damages have flourished in the private enforcement of competition law, both in the EU and in Spain. In particular, the so-called “trucks cartel” has given rise to an unprecedented amount of litigation, in which the injured parties have overcome all kinds of obstacles, both substantive and procedural. Of these, undoubtedly one of the most complicated, due to the absence of a clear legal regime, is the alleged lack of passive legitimacy of the defendants. The CJEU ruling of 6 October 2021, which resolves this issue, addresses the analysis of the concept of “undertaking” in this regulatory field, establishing new rules that allow for a “downward” imputation of liability to subsidiaries for the anti-competitive conduct of their parent companies.

Keywords: Private enforcement, damages actions, liability, undertaking, economic single entity.

Sumario: I. Introducción: las acciones de daños y perjuicios antitrust. II. El problema de la falta de legitimación pasiva y el “cártel de los camiones”. III. Complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. IV. La cuestión prejudicial: el Auto de la AP de Barcelona de 24 de octubre de 2019. V. El concepto de “empresa” y la teoría de la unidad económica. 1. Configuración del concepto por la jurisprudencia comunitaria. 2. El nuevo requisito de “misma actividad económica” en la STJUE de 6 de octubre de 2021. VI. Imputación y responsabilidad “des-

“ascendente” de la filial por los actos de la matriz. 1. Consideraciones previas: asegurar el resarcimiento patrimonial. 2. De la responsabilidad “ascendente” a los requisitos de la responsabilidad “descendente”. 3. Valoraciones críticas de la sentencia Sumal. VII. Otras cuestiones relevantes. 1. Los derechos de defensa. 2. El conflicto con la Ley de Defensa de la Competencia. VIII. Valoración final.

“Las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”
TJCE, Sentencia *Courage* (Apdo. 27).

I. Introducción: las acciones de daños y perjuicios *antitrust*

1. No cabe duda que la aprobación del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101] y [102] del Tratado¹, supuso un giro copernicano -marcado por la modernización y la descentralización- en el *enforcement* del derecho de la competencia en la UE.

2. En España la aprobación² de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concurzal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial supuso la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que conforme a lo previsto por el nuevo art. 86 ter 2.f) LOPJ, tienen competencia objetiva para conocer “*De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado*”.

3. El panorama en nuestro país de los órganos que habrían encargarse -además, naturalmente, de la CNMC- de aplicar la normativa de competencia se clarificó con la aprobación³ de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que establece en su D.A. 1ª: “*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley*”.

4. Se conforma, pues, un modelo en el que no sólo las autoridades de competencia están llamadas a aplicar la normativa *antitrust*, en su vertiente de *public enforcement*, sino también las autoridades jurisdiccionales del orden civil en los diferentes Estados miembros. Respecto de la otra dimensión, la del *private enforcement*, no cabe ninguna duda⁴ que desde la aprobación de la actual LDC ya cabían en nuestro sistema *antitrust* las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. Nos hallamos, por tanto, ante una “aplicación privada” de esta normativa, que no viene a sustituir, sino complementar la aplicación que llevan a cabo las autoridades administrativas de competencia.

5. En efecto, aunque ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*⁵, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarci-

¹ Texto pertinente a efectos del EEE, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

² «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003, páginas 26901 a 26905.

³ «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

⁴ *Vid.*, por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

miento patrimonial por los daños sufridos, este principio de la “plena compensación” se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

6. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁶ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia⁷ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula⁸.

7. En efecto, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España -y en el resto de los estados miembros de la UE- prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”⁹.

8. Este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust experimentó, hace ya casi una década, un renovado y definitivo impulso con la aprobación de la Directiva¹⁰ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley¹¹ 9/2017, de 26 de mayo.

9. En este trabajo abordaremos el análisis de jurisprudencia reciente relativa al ejercicio de estas acciones de daños, en el marco de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. En concreto se examinará, a raíz del conocido como “cártel de los camiones”, la Sentencia¹² de 6 de octubre de 2021 del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el Asunto C-882/19, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Este histórico pronunciamiento resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto a la legitimación pasiva en una reclamación de daños derivados de un cártel sancionado por la Comisión Europea.

10. Para poder responder la cuestión prejudicial, y decidir si una empresa filial es responsable civilmente por los daños ocasionados por una conducta ilícita de su matriz, en la que no ha tenido parte -por lo menos directamente-, el TJUE entra de lleno a analizar uno de los conceptos más confusos de

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁷ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

⁸ Nos estamos refiriendo, entre otros aspectos, al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina, hace ya veinte años, como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

⁹ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE Y A. PETITBÓ JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

¹⁰ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014, pp. 5 a 19.

¹¹ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *B.O.E.* núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

¹² STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:800).

todo el Derecho de la Competencia: el concepto de “empresa”¹³, precisamente el destinatario de las normas contenidas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En efecto, como ha señalado la más autorizada doctrina, “aunque la jurisprudencia comunitaria ha aportado recientemente algunas aclaraciones sobre la imputación de responsabilidad y el concepto de empresa en la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia, así como una base jurídica explícita y útil para el análisis de la aplicabilidad de estas formas de responsabilidad, sigue existiendo una evidente falta de claridad con respecto a algunas cuestiones clave”¹⁴.

11. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en términos generales, el conocido “cártel de los camiones”, ya que es la conducta ilícita de la que se derivan las acciones de daños cuya problemática se plantea en este asunto. Se destacará el problema que se encontraron las primeras acciones de daños ejercidas, que se desestimaron por falta de legitimación pasiva. A continuación, en el apartado III se examinará el marco en el que se plantea -y se resuelve- este conflicto: el de la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. Seguidamente, en el apartado IV analizaremos el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la AP de Barcelona en su Auto de 24 de octubre de 2019. Los apartados V y VI se dedican ya propiamente al estudio de la Sentencia *Sumal c. Mercedes*, del pasado 6 de octubre de 2021. Evidentemente, no podemos llevar a cabo un análisis completo de la misma, y ello obligará a obviar algunos puntos, sobre todo de carácter procesal. Centrándonos, pues, en las cuestiones sustantivas que entra a resolver el TJUE, nos fijaremos en los que consideramos son el núcleo del pronunciamiento: el concepto de “empresa” y la teoría de la “unidad económica”, y derivado de lo anterior, la imputación y responsabilidad “descendente” de la filial por los actos de la matriz. Hay otras dos cuestiones que se abordan en este pronunciamiento que también merecen atención, y a ellos se dedicará el apartado VII: los derechos de defensa; y el conflicto con la normativa nacional, en este caso, la Ley de Defensa de la Competencia. Finalmente, en el apartado VIII, se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. El problema de la falta de legitimación pasiva y el “cártel de los camiones”

12. Tras una extensa investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión¹⁵ AT.39824 – *Camiones*, el cártel se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

13. Consecuentemente, el 19 de julio de 2016 la Comisión impuso a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un cártel que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al cártel de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por

¹³ En inglés, *undertaking*, y por tanto distanciándose de otros términos parecidos al uso en el momento de redactarse los Tratados, que pudieran tener más contenido legal, como podrían ser los de “compañía”, “firma”, “corporación”, “sociedad”, etc.

¹⁴ P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

¹⁵ Decisión C (2016) 4673 final, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*, DOUE 2017 C/108, pág. 6. El texto público de la Decisión está disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

tanto siguió un procedimiento distinto¹⁶. Recientemente, con fecha 2 de febrero de 2022, el TGUE ha desestimado¹⁷ el recurso de Scania y por tanto ha confirmado la existencia de una infracción única y continuada, así como su participación junto al resto de los integrantes del *cártel de los camiones*.

14. Las tres conductas infractoras fueron: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

15. Como ya entonces puso de manifiesto¹⁸ el prof. MARCOS, la información existente sobre dicho cártel (la que se contiene en la Decisión de la CE desde luego es muy escueta) no iba a facilitar, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A esta dificultad se añade que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los cárteles duros), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales.

16. Con todo, no tardaron en llegar las primeras resoluciones judiciales pronunciándose sobre reclamaciones de daños contra los fabricantes de camiones, como la pionera sentencia¹⁹ de 16 de octubre de 2018, en que un Juez de lo Mercantil en España resuelve una reclamación de daños derivados de este cártel, en concreto contra la empresa *VOLVO Group España, S.A.*, en sentido estimatorio, y por importe de €128.756,78.

17. Hoy, y sólo en España, superan el millar las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil resolviendo este tipo de reclamaciones, y por cientos las de las Audiencias Provinciales respectivas resolviendo recursos de apelación²⁰. Es fácil imaginar el amplio abanico de problemáticas tanto sustantivas como procesales que el ejercicio de estas acciones ha planteado, y los jueces han ido resolviendo, con planteamientos necesariamente novedosos, no siempre acertados, y que la segunda instancia ha ido -según qué casos- confirmando o revocando, y toca ahora en casación al Tribunal Supremo decir la última palabra sobre algunas cuestiones todavía dudosas.

18. Así, se han planteado, principalmente, las siguientes cuestiones²¹: interpretación del derecho español conforme a la Directiva 2014/104/UE; jurisdicción competente para conocer de las demandas; legitimación activa y pasiva; efecto vinculante de la decisión de la Comisión; plazo de prescripción de la acción de daños y determinación del *dies a quo*; litisconsorcio pasivo necesario; presunción de daño *in re ipsa*, valoración de los dictámenes periciales; estimación judicial del daño; valoración de la defensa

¹⁶ Decisión C (2017) 6467 final, de 27 de septiembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*.

¹⁷ Sentencia del TG de la UE (Sala Décima ampliada), de 22 de febrero de 2022, As. T-799/17, *Scania c. Comisión Europea*.

¹⁸ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 20 de mayo de 2022).

¹⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

²⁰ Sin duda el autor que está haciendo un seguimiento más exhaustivo y prácticamente en tiempo real de esta ingente producción jurisprudencial es el prof. FRANCISCO MARCOS. Para una relación completa de las sentencias dictadas a enero de 2022, *Vid.*, “Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el cártel de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 21 de enero de 2012, disponible en: <https://almacenederecho.org/jurisprudencia-menor-sobre-los-danos-causados-por-el-cartel-de-camiones> (última consulta el 10 de junio de 2022).

²¹ Para una visión general de estas problemáticas, con referencia expresa al cártel de los camiones, permítase la referencia a F. DÍEZ ESTELLA, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en AA.VV., *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS), Aranzadi, 2019, págs. 687-732.

passing-on; etc. Naturalmente, excedería con creces el ámbito de este comentario entrar a analizar en detalle cada una de esas problemáticas; nos centraremos en una de ellas, la de la legitimación pasiva en las reclamaciones de daños, ya que es la que ha suscitado la cuestión prejudicial que resuelve el TJUE en su sentencia objeto de comentario aquí.

19. En efecto, en los primeros asuntos que llegaron a los Juzgados de lo Mercantil en España, en los que particulares o empresas adquirentes de camiones fabricados por las empresas sancionadas reclamaron los daños sufridos por el sobrecoste derivado del cártel, vieron sus demandas desestimadas por falta de legitimación pasiva *ad casum*, ya que las empresas a las que habían comprado los vehículos eran filiales de los fabricantes, y no estaban mencionadas en la Decisión de la Comisión de la que trae causa la acción resarcitoria (que se trata de una acción consecutiva, o *follow-on*).

20. Así, y sin ánimo exhaustivo, sino para dar cuenta del problema que se planteó, podemos encontrar el siguiente elenco de pronunciamientos desestimatorios por falta de legitimación pasiva (los hay también por falta de legitimación activa, y prescripción, que hemos omitido) que recoge²² el prof. F. MARCOS en detalle en un análisis precisamente de la responsabilidad de las filiales por los daños causados por sus matrices, los fabricantes, en el cártel de los camiones:

Tribunal	Fecha	Procto.	Motivo desestimación
Juzgado Mercantil de Murcia nº 1	16/10/18	148/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Valencia nº 2	18/2/19	298/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Barcelona nº 3	23/1/19	899/17	Falta de legitimación pasiva
Juzgado de 1ª instancia de Jaén nº 4	14/3/19	183/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 3	2/7/19	609/18	Falta de Legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº12	3/7/19	584/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 12	17/7/19	543/2018	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Coruña nº 1	31/7/19	166/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado 1ª Instancia Jaén nº 4	10/9/19	569/17	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 12	24/9/19	564/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 3	8/10/19	1264/17	Falta de legitimación pasiva

21. Según este autor, prácticamente la mitad de las demandas de daños derivados del cártel de los camiones, en esta primera hornada de ejercicio de acciones resarcitorias, fueron desestimadas en primera instancia porque se interpusieron contra las filiales españolas de los fabricantes españoles. Claro, ninguna de dichas empresas estaba mencionada ni era destinataria de la decisión de la Comisión, que únicamente identificaba a las quince sociedades declaradas como responsables de la infracción del art. 101 TFUE, en los artículos 1, 2 y 4 de la Decisión *Camiones*:

- MAN SE, Ungererstraße 69, 80805 Munich (Alemania); MAN Truck & Bus AG, Dachauer Str. 667, 80995 Munich (Alemania) y MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, Oskar-Schlemmer-Straße 19-21, 80807 Munich (Alemania)
- AB Volvo (publ), 405 08 Göteborg (Suecia); Volvo Lastvagnar AB, 405 08 Göteborg (Suecia); Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Oskar-Messter-Str. 20, 85737 Ismaning (Alemania) y Renault Trucks SAS, 99, Route de Lyon, 69806 Saint-Priest Cedex (Francia)
- Daimler AG, Mercedesstrasse 137, 70327 Stuttgart (Alemania)
- Fiat Chrysler Automobiles N.V., Fiat House, 25 St James’s Street, Londres SW1A 1HA (Reino Unido).

²² F. MARCOS, “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cártel de los camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 10 de noviembre de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/responsabilidad-de-las-filiales-por-danos-causados-por-los-fabricantes-en-el-cartel-de-los-camiones/> (última consulta el 29 de mayo de 2022).

- CNH Industrial N.V., 25 St James’s Street, Londres SW1A 1HA (Reino Unido).
- Iveco S.p.A., Via Puglia 35, 10156 Turín (Italia); Iveco Magirus AG, Nicolaus-Otto-Straße 27, 89079 Ulm (Alemania)
- PACCAR Inc., PACCAR Building, 777-106th Av. N.E, Bellevue, Washington 98004 (Estados Unidos)
- DAF Trucks N.V., Hugo van der Goeslaan 1, 5643 TW Eindhoven (Holanda); DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF-Allee 1, 50226 Frechen (Alemania)

22. ¿Supondría la exigencia de tener que demandar directamente a los fabricantes un obstáculo excesivo para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel? Porque los inconvenientes de negar la legitimación pasiva a las filiales españolas son evidentes: traducción de documentos jurídicos, viajes, costes de defensa, temas logísticos, de comunicación, etc. Por otro lado, es igualmente evidente que si la reclamada (filial de la fabricante) no ha llevado a cabo ninguna conducta antijurídica (no son infractoras sancionadas por la decisión de la CE), ni se establece algún tipo de conexión y relación de causalidad entre la conducta ilícita, el daño y la responsable, faltarían -de forma clamorosa- los más elementales requisitos de la exigencia de responsabilidad civil extracontractual (ex artículo 1902 CC, y en el ámbito concreto del Derecho de la Competencia, los artículos 71 y 72 LDC). Esta la cuestión que aborda la Sentencia *Sumal c. Mercedes*, y que analizaremos en las páginas siguientes.

III. Complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia

23. Con carácter previo al asunto concreto que vamos a analizar aquí, se precisa situar el marco en el que el caso *Sumal* se plantea, y no es otro que el de la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Ambos sistemas están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto es así por diseño explícito de las autoridades legislativas, desde el entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

24. Si hemos recalcado desde la introducción la importancia de la complementariedad entre aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, el pronunciamiento del TJUE puede decirse que va un paso más allá. Como ha destacado en una publicación académica un miembro de la propia CNMC “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”²³. En *Sumal c. Mercedes* no se trata ya de que la aplicación privada no perjudique la aplicación pública, es que señala el TJUE que:

“al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos” (apartado nº 37).

25. Naturalmente, esta categórica afirmación se apoya con referencia expresa en la reciente sentencia *Skanska*²⁴, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust, y como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la

²³ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado nº 45.

función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. En sus conclusiones en este asunto, ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que “*Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión*”²⁵. En *Sumal c. Mercedes* el TJUE sigue con un discurso igualmente explícito en este mismo sentido: “*más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión*” (apartado nº 36).

26. Esta conclusión y este razonamiento va mucho más allá del caso concreto que el tribunal de Luxemburgo está resolviendo, y evidentemente aporta una doctrina sobre la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia que enriquece y completa lo que establece la Directiva 2014/104/UE y hasta ahora ha venido manifestando la jurisprudencia comunitaria. Pero es que, además, pone a disposición del TJUE el rico acervo existente en el ámbito de la aplicación pública para responder a la cuestión planteada en el ámbito de la aplicación privada, el concepto de empresa y la imputación a la filial de los actos de la matriz en una reclamación de daños. Y esto es así porque (apartado nº 38):

“En consecuencia, el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión”.

27. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, parafraseando la célebre cita²⁶ de Isaac Newton, “el Tribunal construye su argumentación sobre la aplicación privada sobre los hombros fuertes de la aplicación pública, implícitamente rechazando de este modo las potenciales divergencias entre ambas herramientas”²⁷. En este aspecto el TJUE se separa un poco de la propuesta del AG Pitruzzella, que en el apartado nº 52 de sus conclusiones había planteado lo que él mismo califica como “modelo reconstructivo de la unidad económica”, y se apoya -para que la imputación de responsabilidad pueda realizarse no sólo en sentido *ascendente* (de la filial a la matriz) sino también *descendente* (de la matriz a la filial)- en el principio de efectividad o el hecho de que las autoridades nacionales tienen que facilitar el ejercicio de acciones, sin que haga falta para esto que sean requeridas por el derecho de la UE.

28. Todo esto tiene gran relevancia para el caso *Sumal*. El sistema de aplicación “bifurcado” (público y privado) persigue la disuasión como objetivo principal, lo que no excluye la búsqueda de compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, las dos ramas que componen el sistema de aplicación, persiguen un objetivo común, a saber, la disuasión del comportamiento anticompetitivo. Como se ha señalado²⁸, si los objetivos de estas ramas son idénticos, la responsabilidad -y, por tanto, el círculo de los de los responsables de una infracción del derecho de la competencia- debe tener el mismo significado en ambos, es decir, la teoría de la unidad económica, y con ella la noción de empresa, también deben aplicarse al *private enforcement*.

²⁵ Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asfaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado nº 29.

²⁶ “Somos como enanos sentados sobre los hombros de gigantes para ver más cosas que ellos y ver más lejos, no porque nuestra visión sea más aguda o nuestra estatura mayor, sino porque podemos elevarnos más alto gracias a su estatura de gigantes”, I. NEWTON, Letter from Sir Isaac Newton to Robert Hooke, 1675.

²⁷ M. ARAUJO BOYD, “Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU’s judgment in *Sumal* (C-882/19)”, *Blog Chillin’ Competition*, 7 de octubre de 2021 (traducción propia). Disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (última consulta el 30 de mayo de 2022).

²⁸ B. FREUND, “Heralds of Change: In the Aftermath of *Skanska* (C-724/17) and *Sumal* (C-882/19)”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 53, (2022) pág. 250.

IV. La cuestión prejudicial: el Auto de la AP de Barcelona de 24 de octubre de 2021.

29. En el caso concreto que dio lugar a la cuestión prejudicial la demandante es Mercedes Benz Trucks España (en adelante, MBTE), una sociedad filial del grupo Daimler, cuya sociedad matriz es Daimler. Está acreditado que entre 1997 y 1999, dicha empresa adquirió dos camiones de MBTE a través de una entidad concesionaria del grupo Daimler, la sociedad Stern Motor, S. L. A raíz de la Decisión de la CE de 2016, y como recoge el TJUE (apartado nº 11) “Sumal presentó una demanda de resarcimiento por daños y perjuicios ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona por la que reclamaba a Mercedes Benz Trucks España el pago de 22 204,35 euros, correspondiente al sobre coste de adquisición que, según ella, había soportado debido al cártel en el que Daimler, sociedad matriz de Mercedes Benz Trucks España, había participado”.

30. Dicho Juzgado, mediante sentencia²⁹ de 23 de enero de 2019 desestimó la demanda, ya que consideró que la demandada MBTE carecía de legitimación pasiva, pues la única responsable de la infracción -y, por tanto, responsable civilmente- era su matriz, Daimler, la entidad mencionada en la Decisión de la CE como infractora de la conducta antitrust de la que se derivó el daño. Sumal interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, quien suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto³⁰ de fecha 24 de octubre de 2019.

31. Es interesante que la primera razón que da la AP (apartado nº 10) para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial es precisamente lo que hemos señalado en el apartado anterior, las dificultades a las que tienen que enfrentarse los reclamantes de daños equivalen en la práctica a una suerte de falta de tutela judicial efectiva (en un apartado posterior, el nº 27, en terminología muy propia del derecho antitrust, llega a calificar estas dificultades como de... ¡“una importante barrera de entrada en el procedimiento para los perjudicados”!):

“La importante proliferación de procedimientos en los que se ejercitan acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios posteriores a la constatación de ilícitos en materia de defensa de la competencia, particularmente cuando se trata de ilícitos transnacionales, y las dificultades que plantea la citación de las partes a las que se imputó la infracción en el procedimiento administrativo de infracción, por encontrarse su domicilio en un país distinto al del procedimiento, ha determinado que las acciones de reclamación no se dirijan directamente contra las matrices que resultaron sancionadas en el procedimiento administrativo sino contra sus filiales nacionales”.

32. Más adelante, tras indicar que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ya que esa problemática no sólo afecta al asunto concreto que tiene que enjuiciar el órgano remitente, sino que se ha planteado en otros muchos procedimientos, hace una enumeración amplia de los aspectos que la AP de Barcelona considera relevantes, como una reflexión para sí misma que comparte con el TJUE, sin todavía plantear formalmente la cuestión prejudicial. Lo hace en el apartado nº 15 del Auto, y las presenta como el hilo conductor que guía su exposición:

“a) ¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal Europeo la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extenderla responsabilidad de las filiales a la matriz?

b) ¿Exige la aplicación de la doctrina sobre la unidad económica que la filial haya tenido participación directa en los actos de infracción o bastaría con una participación indirecta o un simple aprovechamiento económico de las consecuencias de la infracción?

c) ¿Existiría continuidad económica a tales efectos en los casos en los que las filiales estén completamente dominadas por la matriz, por ejemplo, por tratarse de sociedades unipersonales participadas por la matriz?

²⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, núm. 899/17, de 23 de enero de 2019.

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

d) *¿Existiría continuidad económica por ser utilizadas las filiales como simples comercializadoras en cada uno de los mercados nacionales de los productos con los que se cometió la infracción, de forma que pueda deducirse que han sido un instrumento más de la actividad infractora o bien que hayan sacado provecho de ella?*

e) *¿Debe ser exigible, para poder apreciar la existencia de unidad económica y extender la responsabilidad a la filial, una justificación añadida derivada de la imposibilidad o dificultad de hacer efectivo el principio de pleno resarcimiento frente a la matriz, al menos en el caso de que la filial no hubiera sido parte en el previo proceso relativo a los actos de infracción?”*

f) *Caso de ser exigible esa justificación añadida, ¿sería suficiente la derivada de las dificultades y de la mayor onerosidad y demora que comporta la necesidad de tener que acudir a los mecanismos de cooperación internacional para llevar a cabo la citación de la matriz?*

g) *Caso de que la respuesta a las preguntas anteriores sea favorable a aceptar la extensión de la responsabilidad a las filiales por actos de las matrices, ¿resultaría compatible con esa doctrina comunitaria una norma nacional como el art. 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que únicamente contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que exista una situación de control de la matriz sobre la filial?*

h) *Caso de negarse la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿podría justificar el principio de unidad de empresa que la citación de la matriz se hiciera a través de su filial nacional, al menos en supuestos de procesos reiterados con similar objeto?”*

33. Es patente que no se podrá reprochar a la AP de Barcelona la falta de esfuerzo por contextualizar adecuadamente los temas que está tratando, y de razonar y justificar las problemáticas a las que se enfrenta, y sobre las que solicita ayuda interpretativa. Seguidamente enuncia (apartado nº 16) las que formalmente son las cuatro cuestiones prejudiciales que plantea al TJUE en la parte dispositiva del Auto de 24 de octubre de 2019:

«[1] *¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal [de Justicia] la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extender la responsabilidad de las filiales a la matriz?*

[2] *¿La extensión del concepto de unidad económica debe hacerse en el ámbito de las relaciones intra grupo exclusivamente atendiendo a factores de control o puede fundarse también en otros criterios, entre ellos que la filial se haya podido beneficiar de los actos de infracción?*

[3] *Caso de admitirse la posibilidad de extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿cuáles serían los requisitos que la harían posible?*

[4] *Caso de que la respuesta a las preguntas anteriores sea favorable a aceptar la extensión de la responsabilidad a las filiales por actos de las matrices, ¿resultaría compatible con esa doctrina comunitaria una norma nacional como el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que únicamente contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que exista una situación de control de la matriz sobre la filial?»*

34. Haciendo gala de un preciso conocimiento y manejo de la jurisprudencia comunitaria, la AP de Barcelona desarrolla en el Auto las grandes líneas que van a inspirar, como veremos más adelante, la decisión final del TJUE. En particular, recoge gran parte de los pronunciamientos que sientan los fundamentos de la doctrina de la “unidad económica” y el concepto de “empresa” a los efectos del Derecho de la Competencia.

35. Así, señala (apartado nº 18) que conforme a la sentencia *Akzo*³¹, “el Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas resoluciones que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de ‘empresa’ para designar al autor de una infracción del art. 101 TFUE (...) dentro de ese concepto se encuentra toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación”. Esta referencia se completa (apartado nº 19) con la jurisprudencia -bien conocida en nuestro país- *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*³², que

³¹ STJUE de 27 de abril de 2017, asunto *Akzo Nobel*, C-516/15 P.

³² STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto *CEEES*, C-271/05, Rec. p. I 11987, apartado 40.

añade a la anterior que ese concepto de empresa designa una “unidad económica”, y que a estos efectos es irrelevante que dicha unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

36. Y, apuntando lo que va a constituir el núcleo de la STJUE en Sumal, señala (apartado nº 20) la AP de Barcelona que si el fundamento único de esta extensión de responsabilidad de las filiales a las matrices (la “ascendente”) es el poder de control que éstas ejercen sobre aquellas, ese argumento no se sostiene si queremos invertir la extensión, y hacer responder a las filiales por la conducta de las matrices (la “descendente”). En efecto, apunta que ese poder de control “*es poco verosímil que también pueda existir a la inversa*” ya que, concluye con un punto de ironía “*no tenemos ninguna evidencia de que la filial española ostente poder de control sobre la matriz alemana*”.

37. Para salvar el escollo acude una vez más a la jurisprudencia comunitaria, en concreto a la sentencia del TG en el asunto *Biogram*³³ (pendiente de recurso ante el TJUE) que justifica la extensión de responsabilidad en ambas direcciones, la ascendente y la descendente. En concreto la AP cita (apartado nº 21) el apartado 218 de la STG que afirma: “*si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la empresa que constituyen, sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede a fortiori cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituyen una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades*”.

38. Este punto ya lo había advertido la AP de Barcelona, al enunciar las razones que justifican el planteamiento de la cuestión, al señalar (apartado nº 10) que lo normal en este caso del cártel de los camiones es que las demandadas “*sean filiales participadas exclusivamente por las matrices infractoras y que son utilizadas por éstas para comercializar los productos con los que se cometió la infracción, razón por la que de alguna forma puede llegarse a pensar que también esas filiales obtuvieron provecho de ella, en la misma o similar medida que las sociedades matrices*”. Este punto de vista es muy relevante, como luego veremos, y lo apuntó también -desde el punto de vista de la aplicación pública- la propia decisión de la Comisión, que declaró que la intervención de las filiales de los fabricantes en los diversos países fue esencial para la comercialización y distribución de los camiones en el mercado. De ahí que, aunque sea correcto hablar, como se ha hecho en algún comentario³⁴, de la responsabilidad de las “inocentes” filiales por contraposición a las “culpables” matrices, quizá se acerque más a la realidad jurídica de esta interpretación extensiva de responsabilidad la licencia literaria de preguntarse si están pagando los hijos por los pecados de los padres³⁵.

V. El concepto de “empresa” y la teoría de la unidad económica

39. De la simple lectura de las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Barcelona puede fácilmente deducirse la importancia práctica de la problemática que se plantea, su incidencia en los miles de acciones de daños que se están ventilando ante la jurisdicción en España y el resto de la Unión Europea, y en consecuencia la enorme expectación que el pronunciamiento del TJUE había generado. Tras las oportunas Conclusiones³⁶ del Abogado General, presentadas el 15 de abril de 2021, y que serán objeto de análisis también, el tribunal de Luxemburgo dictó su esperada sentencia el 6 de octubre del pasado 2021.

³³ STG de 12 de diciembre de 2018, asunto *Biogram*, T-677/14.

³⁴ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *GRUR International*, Vol. 70 (8), 2021, p. 741.

³⁵ M. ARAUJO BOYD, “Should Children Pay for Their Parent’s Sins? The *Sumal* Preliminary Reference”, *Journal of Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, Nº 1, pp. 25 – 33.

³⁶ Conclusiones del A.G. Pitruzzella, presentadas el 15 de abril de 2021, en el Asunto C-882/19, *Sumal*, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L. (ECLI:EU:C:2021:293).

40. Hemos optado, como se ha señalado en la introducción, por centrarnos en los puntos esenciales de este histórico pronunciamiento, y por tanto obviar otros aspectos de la Sentencia que, pese a su indudable interés, no son abarcables en este comentario. Entre estos destacan dos principalmente: por un lado, el razonamiento del TJUE (apartados nn. 16 a 22) sobre la solicitud que hizo MBTE de reapertura de la fase oral del procedimiento, solicitud que es denegada; y, por otro lado, la valoración -igualmente “desestimatoria”- que hace el TJUE (apartados nn. 23 a 30) de las dudas que albergaba MBTE acerca de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Es de señalar, además, que en esta segunda cuestión el TJUE se desmarca de la propuesta del AG, que en sus Conclusiones (apartado nº 15) opina que “*procede rechazar la excepción de inadmisibilidad propuesta por MBTE y basada sobre el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia en lo que respecta a las tres primeras cuestiones prejudiciales, y estimarla en lo que atañe a la cuarta cuestión prejudicial*”.

41. Aunque pueda parecer paradójico, siendo la empresa el destinatario de las normas de Derecho de Competencia en la UE contenidas en los arts. 101 y 102 TFUE, no hay una configuración legal del concepto en las normas de Derecho originario. Se ha señalado, precisamente para determinar el ámbito de responsabilidad por las conductas anticompetitivas, y quiénes responden tanto en cuanto a las sanciones (aplicación privada) como en cuanto a los daños causados (aplicación privada), que “como es lógico, y dada la naturaleza específica del Derecho de la UE, no existe una definición real de ‘empresa’ en el marco del Tratado. Sin embargo, los tribunales de la UE han colmado esta laguna con sus pronunciamientos jurisprudenciales”³⁷. Efectivamente, esto ha sido así, y una empresa, en este ámbito normativo “consiste en una organización unitaria de elementos personales, tangibles e intangibles, que persigue un objetivo económico específico a largo plazo, y puede contribuir a la comisión de una infracción de las disposiciones del Derecho de la competencia de la UE”³⁸.

42. Las conclusiones a las que llega en su pronunciamiento el TJUE no se entienden en todo su alcance sin un breve repaso de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de “empresa”, a los efectos de aplicación del Derecho de la Competencia, concepto que se apoya sobre la teoría de la “unidad económica”. Llevaremos a cabo este análisis con especial referencia al precedente más inmediato, y sobre el que se construye la sentencia de 2021, el asunto *Skanska*, decidido el año anterior (Apdo. V.1); seguidamente, entraremos a analizar en detalle la supuesta “revolución” que en esta doctrina introduce la sentencia del TJUE el asunto *Sumal c. Mercedes Benz* (Apdo. V.2).

1. Configuración del concepto por la jurisprudencia comunitaria

43. Como consecuencia lógica de todo el razonamiento anterior, y para preparar la respuesta sobre la imputación a la filial responsabilidad por los actos de la matriz, señala el TJUE en el apartado nº 39 de su pronunciamiento cómo ha de categorizarse el concepto de “empresa” en el ámbito del Derecho de la Competencia: “*Pues bien, de la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, resulta que los autores de los Tratados optaron por utilizar este concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, sancionable con arreglo a dicha disposición, y no otros conceptos como los de «sociedad» o de «persona jurídica»*”.

44. Efectivamente, habida cuenta que la base del concepto de empresa es más de naturaleza económica que legal, dicho concepto no necesariamente se corresponde ni con la persona física que desarrolle una actividad económica ni con lo que conocemos como la “personalidad jurídica”³⁹, que es el ele-

³⁷ P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 3. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

³⁸ Asunto C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

³⁹ A. JONES, “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law” (2012), *European Competition Journal*, Vol. 8 (2), pág. 302.

mento constitutivo de las sociedades mercantiles. Y, en línea con la complementariedad de la aplicación pública y privada a la que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, señala el TJUE en este mismo apartado que este mismo concepto es el que maneja -en el ámbito sancionador- el art. 23.2º del Reglamento 1/2003 como -en el ámbito de las acciones de resarcimiento- el art. 2.2º de la Directiva 2014/104/UE.

45. Derivado de lo anterior, e íntimamente ligado al concepto de “empresa”, está el de “unidad económica” o también “unidad de conducta”⁴⁰ en el mercado; lo señala el TJUE en el apartado nº 41 de *Sumal*, cuando recuerda que:

“al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado (...) el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”.

46. Este pronunciamiento, este concepto de empresa y de unidad económica, sobre los que fundamenta el TJUE su decisión, no pueden sorprender a nadie, ya que entronca con una larga y consistente línea jurisprudencial que arranca hace ahora medio siglo, con la Sentencia *Imperial Chemical Industries*⁴¹, del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dictada el 14 de julio de 1972. Ya entonces afirmó que la conducta de una filial con personalidad jurídica diferenciada es atribuible a la sociedad matriz si la filial “no decide de forma autónoma su propio comportamiento en el mercado, sino que ejecuta, en todos los aspectos materiales, las instrucciones que recibe de la matriz” (apartado nº 132). Esta “unidad del grupo así formado” (apartado nº 135) existía *in casu* ya que la matriz poseía “la totalidad o, en todo caso, la mayoría de las acciones” (apartado nº 136) de sus de sus filiales y ejercía una influencia decisiva en su conducta empresarial.

47. La línea de razonamiento seguida por el entonces TJCE en esta decisión es luego confirmada en otras muchas, que van perfilando la noción de empresa y la teoría de la unidad económica, siempre en el ámbito de la aplicación pública, y en el sentido de responsabilidad “ascendente” (atribuir a la matriz la conducta llevada a cabo por sus filiales). Así, encontramos, entre otros muchos, la ya citada por la AP de Barcelona en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*⁴², o la también conocida *Akzo Nobel*⁴³, a la que el TJUE se remite repetidamente en *Sumal*.

48. Del mismo modo, en *Knauf Gips*⁴⁴ ya se había señalado que “una unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, que persigue un objetivo económico específico a largo plazo”. En *Sumal* se recoge este precedente (apartado nº 41), así como la obligada también referencia a *Dow Chemical*⁴⁵, en el apartado nº 46, cuando recuerda que “el concepto de «empresa» empleado en el artículo 101 TFUE es un concepto funcional, y la unidad económica constitutiva de dicha empresa debe identificarse desde la perspectiva del objeto del acuerdo de que se trate”. En otras palabras, el TJUE en las sentencias *Knauf Gips* y *Dow Chemical* ya había ligado el concepto funcional de empresa a una finalidad económica, a un objetivo económico específico y a una finalidad funcional específica, abriendo así la puerta a más de un objetivo económico objetivo económico específico -es decir, varias unidades económicas- dentro de un grupo de empresas.

⁴⁰ Asunto T-66/99, *Minoan Lines SA v. Commission* [2003] ECR II-5515, apartado nº 123.

⁴¹ Sentencia del TJCE, Asunto 48/69, de 14 de julio de 1972.

⁴² STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto *CEEES*, C-271/05, Rec. p. I 11987, apartado 40.

⁴³ Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros c. Comisión*, As. C97/08 P, (ECLI:EU:C:2009:536).

⁴⁴ Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips c. Comisión*, As. C407/08 P, (ECLI:EU:C:2010:389), apartados 84 y 86.

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2013, *The Dow Chemical Company c. Comisión*, As. C179/12P, (ECLI:EU:C:2013:605), apartado 57.

49. Por tanto, a este respecto, que es el núcleo de la Sentencia del TJUE de 2021, y la base para atribuir a la filial responsabilidad por la conducta de la matriz, *¿nihil novum sub sole?* Pues sí que hay novedad, por la sencilla razón que la problemática que se le plantea en la cuestión prejudicial no se había planteado antes, y por eso el TJUE tiene que “innovar”, pero hay que ser cauto a la hora de calificar el asunto *Sumal c. Mercedes* como revolucionario o disruptivo, porque lo que hace el tribunal luxemburgués es limitarse a extraer la consecuencia lógica de los referidos precedentes⁴⁶. Se trata, como veremos a continuación, del requisito -para que haya unidad económica, por tanto posibilidad de extender la responsabilidad de la matriz a la filial- de “actúen en el mismo sector económico”.

50. Además, por si todo lo anterior no fuera suficiente, unos meses antes de *Sumal*, ya se había pronunciado sobre casi todas estas cuestiones, en su no menos trascendental pronunciamiento en el asunto *Skanska*⁴⁷, dictada el 14 de marzo de 2019. En ella el TJUE dictaminó que el círculo de personas responsables del perjuicio resultante de un comportamiento anticompetitivo debe determinarse con arreglo al con el art. 101 TFUE. Así, el concepto de “empresa” debe aplicarse tanto a la aplicación pública como a la privada.

51. Como es sabido, en este asunto, derivado de un cártel de empresas en Finlandia del sector del asfalto, no se dirimía la eventual exigencia de responsabilidad a la filial por los actos de la matriz, sino el problema planteado por la sucesión de empresa, ya que cada de las empresas en cuestión había adquirido acciones en una de las siete empresas originalmente implicadas en el cártel a través de diversos procedimientos de adquisición, como fusiones y reestructuraciones en los años 2000 a 2002. Como resultado, las actividades económicas de los infractores fueron continuadas por las empresas adquirentes, aunque las empresas adquiridas dejaron de existir jurídicamente, bien por liquidación voluntaria o por fusión. Y, según el régimen legal finés de responsabilidad civil, a las compañías adquirentes no se les podía exigir responsabilidad derivada del daño anticompetitivo que las empresas adquiridas hubieran podido causar.

52. Este círculo de entidades responsables, para asegurar la plena efectividad del art. 101 TFUE, debe ser determinado por el derecho de la UE, y no por las normativas nacionales que, como en el caso finés -y el español, en *Sumal*- supondrían un obstáculo al pleno resarcimiento de las víctimas de los cárteles. Para su determinación, y previamente a este pronunciamiento, había dos posibilidades: una, apoyada por la CE, era que correspondía al ordenamiento jurídico interno de los Estado miembro determinar el círculo de personas responsables de reparar el daño causado por el comportamiento anticompetitivo⁴⁸. La otra opción (sugerida por el AG Wahl) era determinar el círculo de personas responsables para compensar el daño de la conducta anticompetitiva directamente por el derecho europeo, al igual que se determina el círculo de personas con derecho a de personas con derecho a reclamar una indemnización. El TJUE optó por la segunda opción⁴⁹ y, por tanto, se puso de parte del AG Wahl, que en el apartado nº 61 de sus conclusiones había sugerido: “*La determinación de*

⁴⁶ *Vid.*, a este respecto, el análisis que se lleva a cabo en: N. BRUEGGEMANN, “The unsung harmony of *Sumal* and the *Akzo* line of case law”, *Concurrences*, 2022, Nº 1, pp. 31 – 35.

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2021, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others Obero*” *sterreich*, Asunto C724/17 (ECLI:EU:C:2019:204).

⁴⁸ Esta postura de la CE es recogida por la Sentencia *Skanska* en su apartado nº 33: “No desvirtúa esta interpretación la alegación formulada por la Comisión Europea en la vista según la cual del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO 2014, L 349, p. 1), a tenor del cual los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, se desprende que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar la entidad obligada a reparar dicho perjuicio, de conformidad con los principios de equivalencia y de efectividad”.

⁴⁹ Apartado nº 28 de la Sentencia *Skanska*: “*la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión*”.

*las personas que deben pagar indemnización es la otra cara de la moneda del derecho a reclamar una indemnización por los daños causados por una infracción del Derecho de la competencia de la UE*⁵⁰.

53. Naturalmente, puede plantearse si es extensible esta interpretación del ámbito de responsabilidad a supuestos distintos de los de la sucesión de empresa, o más bien debería limitarse el alcance de *Skanska* a este tipo de caso específico. En nuestra opinión, y así lo hace también el TJUE en *Sumal*, si se puede extender la interpretación “amplia” de la exigencia de responsabilidad más allá del caso concreto de la continuidad empresarial, ya que la interpretación “estricta” limitaría indebidamente los derechos a un pleno resarcimiento patrimonial de las víctimas de un cártel.

54. Esta conclusión es la más coherente con el enfoque de complementariedad entra la aplicación pública y privada que hemos reseñado anteriormente, que busca una perspectiva integral en el sistema del Derecho de la Competencia, y encaja sin problema en la línea jurisprudencial sobre el concepto de empresa y la teoría de la unidad económica del TJUE. Por otro lado, aumenta la seguridad jurídica para los reclamantes de daños en casos de cárteles en todo el ámbito de la UE, y evita la falta de uniformidad que supondría dejar a cada ordenamiento nacional establecer cuál es el círculo de personas responsables.

55. Por último, y frente a quienes claman una infracción del principio de responsabilidad personal, por imputar responsabilidad a unas sociedades jurídicas que son distintas de quienes cometieron la infracción de la que se deriva dicha responsabilidad, recuerda *Skanska* (apartado nº 39): “*imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando ésta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal*”. Así se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia comunitaria⁵¹, y es desde luego el principio que se seguirá en *Sumal*.

56. Es, desde luego, una conclusión que afirma con cierta contundencia el TJUE y que sin embargo no está exenta de críticas, como más adelante desarrollaremos, pues equiparar la responsabilidad por la sanción (ámbito de la aplicación pública) con la responsabilidad por daños (ámbito de la aplicación privada) puede, en algunos casos, conculcar el principio de responsabilidad personal. Así se entendió, por ejemplo, en el asunto *Schindler c. Comisión*, cuando “*los recurrentes alegan que la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea vulnera el principio de responsabilidad personal de las personas jurídicas. Sin embargo, como ha señalado la Abogado General en los puntos 65 y 66 de sus conclusiones, si bien este principio reviste una importancia especial en lo que respecta a la responsabilidad en el ámbito del Derecho civil, no puede ser pertinente para definir al autor de una infracción del Derecho de la competencia, que se refiere al comportamiento real de las empresas*”⁵². De ahí que un cierto sector doctrinal no dude en afirmar que “el razonamiento relativo a la responsabilidad administrativa de las multas no puede trasladarse a la evaluación de la responsabilidad civil de una empresa matriz”⁵³.

2. El nuevo requisito de “misma actividad económica” en la STJUE de 6 de octubre de 2021

57. A partir de los anteriores precedentes, la STJUE de 6 de octubre de 2021, en el asunto *Sumal c. Mercedes Benz*, señala que el que la filial y la matriz pertenezcan a la misma unidad económica a efectos de la infracción específica en cuestión debe analizarse a partir de un doble test: (i) la existencia de vínculos económicos, organizativos y jurídicos, tal y como se resume en el apartado nº 58 de *Akzo*

⁵⁰ Conclusiones del A.G. Wahl, Asunto C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions* (ECLI:EU:C:2019:100).

⁵¹ Sentencia del TJUE, de 5 de diciembre de 2013, *SNIA c. Comisión*, Asunto C448/11 P, no publicada, (ECLI:EU:C:2013:801), apartado nº 23.

⁵² Sentencia del TJUE, de 23 de Agosto de 2013, *Schindler Holding and others v. Commission*, Asunto C-501/11 P (ECLI:EU:C:2013:522), apartado nº 101.

⁵³ R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries” (2016), *European Review of Private Law*, Vol. 24 (3-4), pág. 525.

(*vínculos generales*); (ii) la existencia de un vínculo específico entre la actividad económica de esa filial y el objeto de la infracción de la que se responsabiliza a la sociedad matriz. Para demostrar la existencia de este vínculo específico *in casu*, se requerirá que la infracción que lleva a cabo la empresa matriz “se refiera” a los mismos productos que los comercializados por la filial, tenga lugar en el ámbito de la misma actividad económica.

58. Esta sí que es, en nuestra opinión, la gran novedad de *Sumal*, y se formula en el apartado nº 51 de la sentencia del TJUE:

“Sin embargo, solo podrá considerarse responsable a esa sociedad filial si la víctima demuestra, basándose en una decisión adoptada previamente por la Comisión con arreglo al artículo 101 TFUE o por cualquier otro medio —en particular, si la Comisión no se ha pronunciado sobre este extremo en la referida decisión o si aún no ha adoptado decisión alguna—, que, habida cuenta, por un lado, de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos a los que se hace referencia en los apartados 43 y 47 de la presente sentencia, y, por otro lado, de la existencia de un vínculo concreto entre la actividad económica de dicha sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se ha declarado responsable a la sociedad matriz, la referida filial constituía, con su sociedad matriz, una unidad económica”.

59. Desde luego, el concepto de “empresa” que aporta este pronunciamiento es el concepto clave de *Sumal*, y de ahí que la doctrina⁵⁴ más atenta que ya se ha ocupado de analizarla hable de un antes y un después de esta sentencia del TJUE. Aunque el alcance concreto del test propuesto deberán irse perfilando por los tribunales⁵⁵ y las autoridades de la competencia de la UE, y desde luego tiene un punto novedoso, también es cierto que está perfectamente en sintonía con medio siglo de jurisprudencia comunitaria, ya que esencialmente reitera el requisito de “realizar la misma de la misma conducta en el mercado” que el derecho de la competencia de la UE había establecido desde *Imperial Chemical Industries* de 1972 y que se ha denominado explícitamente “objetivo económico específico” en la más reciente *Knauf Gips*, de 2010.

60. Con independencia, pues, del grado de “novedad” que se le quiera dar a esta categorización de la empresa y la unidad económica, y reconociendo que *Sumal* introduce una cierta ambigüedad⁵⁶ en el concepto, que generará inseguridad jurídica, lo cierto es que a efectos del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente de aplicación pública como privada, ésta es la base sobre la que el TJUE responde a la cuestión prejudicial que le plantea la AP de Barcelona, y permite extender a las filiales la responsabilidad de los actos cometidos por las matrices⁵⁷. Lo analizamos a continuación.

⁵⁴ M. PEDRAZ CALVO, “The concept of “undertaking” in EU competition law: Before and after the *Sumal* judgment of the ECJ”, *Concurrences*, nº 1, 2022, pp. 36 y ss.

⁵⁵ Y, desde luego, esta imputación a la filial de los daños provocados por los actos de la matriz no es, ni mucho menos, automática, sino que tiene que cumplir los requisitos que el TJUE establece, y ser invocada por la demandante, que no puede en este aspecto adoptar una actitud pasiva. En este sentido ya se han pronunciado en España sentencias que recogen la doctrina *Sumal*, pero que no dudan en conceder la legitimación pasiva si entienden que la pretensión de la víctima del cártel no está debidamente justificada. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 1106/2021, de 27 de octubre, en una más que elocuente “advertencia” a los demandantes señala en su Fundamento Jurídico 2º que: “*En el caso de autos la parte actora, tal y como opuso la demandada en su contestación, no alegó ni tan siquiera cual es el título de imputación que permite atribuir a la demandada la responsabilidad por los supuestos daños que reclama. Nada dijo sobre los supuestos de hecho que exige el TJUE para determinar la responsabilidad de la demandada lo cual, por otro lado, supone una indefensión para la demandada pues difícilmente, ante el silencio de la demanda, se podría defender en los términos que precisa la citada sentencia del TJUE. El actor no alegó (ni probó) que existiera una unidad económica entre la sociedad matriz sancionada por la Decisión y la demandada en el sentido de los apartados 41 y 46 de la sentencia citada, ni los vínculos que unen a esas sociedades mencionados en el apartado 51, esto es, el vínculo concreto existente entre la actividad económica de esa sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se considera responsable a la sociedad matriz”.*

⁵⁶ P. WHELAN, *op.cit.*, pág. 8.

⁵⁷ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *GRUR International*, Vol. 70 (8), 2021, pp. 731–743.

VI. Imputación y responsabilidad “descendente” de la filial por los actos de la matriz

1. Consideraciones previas: asegurar el resarcimiento patrimonial

61. Como hemos tenido oportunidad de señalar en apartados precedentes, el supuesto que da origen a la cuestión prejudicial, en que se ejercite una acción *follow-on* derivada de un cártel sancionado por la Comisión Europea, como es el caso del *cártel de los camiones*, la conducta anticompetitiva que ha generado el daño se ha llevado a cabo por empresas de varios países, y a la vez haya provocado sus efectos perjudiciales a empresas o consumidores diseminados a lo largo y ancho del territorio de la UE⁵⁸.

62. Las normas de competencia judicial aplicables serán entonces las previstas por el *Reglamento Bruselas I bis*⁵⁹, que establece los criterios para determinar cuál es la jurisdicción competente en cada caso para conocer de las pertinentes acciones de daños. Contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se establecen como alternativos al fuero general con el objetivo de favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RBI bis)⁶⁰.

63. A este respecto, pronto empezaron a dictarse pronunciamientos⁶¹ del TJUE sobre competencia internacional en ejercicio de acciones para la reparación de los daños y perjuicios derivados de una infracción anticompetitiva, que no ha pasado desapercibido para la doctrina⁶², en referencia precisamente al *cártel de los camiones*. Esta cuestión, que entra de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado, reviste un cierto grado de complejidad, y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos aquí a dejarla apuntada, y nos remitimos para su estudio a recientes publicaciones⁶³ que la abordan con exhaustividad y rigor. Es una problemática que tuvo su paralelismo, en el ámbito del derecho interno, en la discusión inicial de cuál era la jurisdicción competente por razón de la materia para conocer de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, que como es sabido generó en los primeros tiempos de las acciones de daños en nuestro país un cierto debate, con soluciones jurisprudenciales diversas.

⁵⁸ Así, como han destacado ya algunos autores, el proceso tendrá carácter internacional cuando “no coincida el domicilio o residencia de las partes; la divergencia entre el Estado en el que se produce la conducta restrictiva que origina la acción de indemnización y el Estado en el que se perciben o producen sus efectos; o incluso la internacionalización de un supuesto por acción de la autonomía de las partes, derivada de una elección del tribunal competente o de normativa aplicable”; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÁ COSTA (Dir.) *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.100.

⁵⁹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

⁶⁰ Es cierto que ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia, las partes pueden buscar en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos, lo que se conoce como *forum shopping*. En este sentido, afirma el prof. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pág.6: “Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto CDC Hydrogen Peroxide en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes)”.

⁶¹ *Id.*, por ejemplo, la STJUE de 5 de julio de 2018, As. C-27/17, *Lithuanian Airlines* (ECLI:EU:C:2018:533).

⁶² E. PASTOR MARTÍNEZ, “Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en las acciones de daños”, *La Ley Mercantil*, n.º 51, Octubre 2018, págs. 3 y ss.

⁶³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N.º 2, pp. 7-178.

64. Ya hemos señalado que a partir de la jurisprudencia *Courage* y *Manfredi* el principio fundamental es que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación de los perjuicios y daños que le haya irrogado un contrato o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia⁶⁴. La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. La elección del tribunal competente al que debemos dirigirnos es una decisión trascendental y que, puede condicionar el desarrollo del procedimiento.

65. Pues, en idénticos términos se sitúa la problemática sobre a quién se puede dirigir la demanda de resarcimiento de daños, cuando resulta que el cártel -la acción ilícita de la que se deriva la responsabilidad- lo ha cometido una empresa, habitualmente la matriz de un grupo, y el hecho dañoso -en el caso que estamos analizando, la adquisición de dos camiones- se ha hecho a otra empresa distinta, la filial en España de dicha matriz. Este es el núcleo del problema que el TJUE resuelve, ante la alegación inicial de la demandada de falta de legitimación pasiva, y la solución aportada tiene una trascendencia que sólo con el tiempo seremos capaces de valorar en toda su amplitud: la doctrina de la responsabilidad “descendente”, o posibilidad de exigir que la filial responda por los actos de la matriz.

66. En este punto, es necesario traer a colación la sentencia⁶⁵ del Magistrado E. PASTOR, titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de fecha 20 de febrero de 2019, que puede sin duda calificarse como “precursora nacional” de *Sumal*. Junto a otras muchas consideraciones de gran interés, y que han servido para sentar doctrina que ha sido seguida en ulteriores pronunciamientos, señala que esta extensión de responsabilidad, y por tanto la legitimación pasiva de la filial frente a los daños causados por la conducta ilícita de su matriz, constituye una exigencia del principio de efectividad, es necesario para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel, y por tanto se precisa (párrafo nº 34) “*con sentido práctico desechar la alegación de obstáculos de defensa artificiosos tras los que no puede percibirse un interés susceptible de protección jurídica (...). Para eso, debemos abandonar una aproximación a esta cuestión basada en categorías clásicas de imputación, de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales, que deben verse superados*”.

67. La construcción jurisprudencial que permite esta extensión de la responsabilidad se apoya en el concepto de “unidad económica”, que hemos analizado en el epígrafe anterior, y la plantea el AG Pitruzzella con toda claridad en el apartado nº 2 de sus Conclusiones en el Asunto *Sumal c. Mercedes*:

“Como es sabido, la teoría de la unidad económica está muy consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, a la que se ha recurrido para sancionar a la sociedad matriz por el comportamiento contrario a la competencia de sus filiales, en virtud de una suerte de proceso «ascendente» que, partiendo de las segundas, llega a la primera. En el caso que el órgano jurisdiccional remitente somete a la consideración del Tribunal de Justicia se trata, en cambio, de establecer si ese mismo concepto de «unidad económica» puede justificar un proceso «descendente» de imputación de la responsabilidad, en virtud del cual la filial responda por los perjuicios ocasionados por el comportamiento contrario a la competencia de la sociedad matriz”.

2. De la responsabilidad “ascendente” a los requisitos de la responsabilidad “descendente”

68. No hay duda, como acertadamente afirma el AG en sus conclusiones, que la doctrina sobre la responsabilidad “ascendente” ya está muy consolidada⁶⁶ en la jurisprudencia comunitaria, y aunque

⁶⁴ Vid. también la STJUE de 30 de enero de 1974, BRT 1, 127/73, Rec. 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin Automobiles/Comisión*, C-282/95 P, Rec. 1997, p. I-01503, apartado 39.

⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁶⁶ Especialmente “contundente” fue el pronunciamiento *Comisión c. Portielje*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), asunto C-440/11 P, de 11 de julio de 2013.

no exenta de críticas⁶⁷, a estas alturas no cabe cuestionar que la matriz responde por los actos de la filial, en los términos en que los pronunciamientos⁶⁸ del TJUE y el TG han ido perfilando. Desde luego que la presunción de que cuando las sociedades matrices titulares del 100% del capital social de la filial entonces ejercen una “influencia decisiva” en la actuación económica de la filial ha merecido una valoración muy poco favorable, ya que, en opinión de un sector doctrinal, “es una aplicación adulterada al presumir la causalidad de la intervención de la matriz, si bien sirve para eliminar los complejos problemas que se presentan a la hora de diferenciar entre las distintas figuras de intervención en el hecho punible a la que se tienen que enfrentar otros sistemas (complicidad, cooperación necesaria, instigación, coautoría, etc.)”⁶⁹. Lo que es ciertamente novedoso es hacer responder a la filial por los actos de la matriz, y este es el núcleo de la cuestión prejudicial que da lugar a la sentencia del pasado 6 de octubre de 2021.

69. La “precursora” sentencia del magistrado E. PASTOR que hemos comentado en el epígrafe anterior construye esta extensión de responsabilidad sobre un triple argumento: a) la jurisprudencia comunitaria, que efectivamente considera a la “empresa” como infractora, en un sentido funcional, y por tanto desligada de la visión puramente jurídica. Habla, acertadamente, de “*las características económicas de una infracción y su relación con una noción económica de infractor; esto último en conexión con la existencia de una comunidad que genera daños*” (párrafo nº 40); b) la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en ámbitos normativos distintos del Derecho de la Competencia -contratación bancaria⁷⁰ y protección de datos⁷¹- se ha pronunciado en sentido favorable a extender la responsabilidad civil en grupos de sociedades; y c) una propuesta de imputación de responsabilidad a la filial a partir de la creación de lo que él llama una “acción follow-on especial”, como un *tertius genus* entre las puramente autónomas y las puramente consecutivas⁷².

70. Al igual que la responsabilidad “ascendente” no es automática, y para poder imputar a la sociedad matriz los actos anticompetitivos de su filial ha de acreditarse que ésta no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, tampoco la responsabilidad “descendente” es automática. En efecto, para poder imputar a la filial los actos anticompetitivos de la matriz el TJUE introduce un criterio totalmente novedoso, que viene a remodelar la teoría existente sobre la “unidad económica” y, como ha señalado acertadamente la doctrina más atenta que ya ha analizado este caso va a originar no pocos problemas interpretativos: el criterio de la “conexión” entre las actividades económicas de la matriz y la filial.

⁶⁷ Permítase la referencia, sobre esta cuestión, a F. DíEZ ESTELLA y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “Responsabilidad antitrust de la matriz por los actos de la filial ¿enajenación mental transitoria o aberración jurídica permanente en la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria?”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 153, 2013. Igualmente, J. MARTÍ MIRAVALLÉS, “Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción”, *Actas de Derecho Industrial y derechos de autor*, Vol. 37 (2016-2017), Ed. Marcial Pons, pp. 37-39.

⁶⁸ Las sentencias que han configurado esta doctrina son, principalmente: Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comisión*, Asunto C-286/98 P; Sentencia del TG, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237); Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, As. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

⁶⁹ M. GÓMEZ TOMILLO, “La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 22/enero-junio 2018, Wolters Kluwer, págs. 51 y 52.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de enero de 2015, Rec. 2290/2012 (ECLI:ES:TS:2015:254).

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de abril de 2016, Rec. 3269/2014 (ECLI:ES:TS:2016:1280).

⁷² Este aspecto, pese a lo detallado y bien construido de la argumentación que desarrolla el magistrado, es posiblemente el aspecto más cuestionable de la sentencia de 20 de febrero de 2019. Como hemos señalado en la introducción, en estos primeros compases de acciones de daños contra las filiales españolas de las matrices alemanas, la tendencia mayoritaria de los juzgados mercantiles en España ha sido la desestimación por falta de legitimación pasiva. Con todo, esta nueva categoría de acciones de daños, también denominadas “híbridas” o “pseudo follow-on”, parece que va ganando presencia en la jurisprudencia nacional. *Vid.*, del mismo magistrado, el reciente Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:1333A), con muy sustanciosas y elaboradas consideraciones sobre la complementariedad entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia, la naturaleza de las acciones de daños y perjuicios en el ámbito *antitrust*, y la importancia de los cauces procesales adecuados para la obtención de una tutela judicial efectiva.

71. Así, en su sentencia Sumal c. Mercedes Benz, una vez asumido que “*el concepto de «empresa» y, a través de este, el de «unidad económica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción*” (apartado nº 44), se señala igualmente que “*la organización de los grupos de sociedades que pueden constituir una unidad económica puede variar mucho de un grupo a otro. Existen, en particular, grupos de sociedades del tipo «conglomerado» que actúan en varios ámbitos económicos sin relación alguna entre sí*” (apartado nº 45).

72. Esto lleva al TJUE a concluir (pensamos que acertadamente) que esta facultad que está reconociendo a la víctima de una conducta anticompetitiva de exigir a la filial responsabilidad por los actos de la matriz, no es una facultad “*de la que se disponga automáticamente contra cualquier sociedad filial de una sociedad matriz objeto de una decisión de la Comisión por la que se sanciona un comportamiento infractor*” (apartado nº 46). Tiene, naturalmente, que haber algún punto de conexión entre las actividades económicas de una y otra; si no, como en el caso de la responsabilidad “descendente”, nos alejamos del concepto “funcional” de empresa que es el que justifica esta extensión de la responsabilidad.

73. Lo señalaba el AG en el apartado nº 58 de sus Conclusiones, y a él se remite el TJUE: “*si una filial, incluso en caso de participación en el 100 % del capital social o de un porcentaje similar, desarrolla una actividad ajena al ámbito económico en el que la sociedad que la controla ha adoptado los comportamientos contrarios a la competencia, estará fuera del concepto «funcional» de empresa, de manera que no puede existir responsabilidad conjunta de la primera por los comportamientos contrarios a la competencia de la segunda*”.

74. Idéntico razonamiento adopta el TJUE para el caso de la responsabilidad “ascendente”, y en el apartado nº 47 de su pronunciamiento:

“Por consiguiente, una misma sociedad matriz puede formar parte de varias unidades económicas constituidas, en función de la actividad económica de que se trate, por ella misma y por distintas combinaciones de sus sociedades filiales pertenecientes todas ellas al mismo grupo de sociedades. De no ser así, una sociedad filial miembro de tal grupo correría el riesgo de ser considerada responsable de infracciones cometidas en el marco de actividades económicas sin relación alguna con su propia actividad y en las que no estaba implicada en modo alguno, ni tan siquiera indirectamente”.

75. Y es, en el apartado nº 51 de la sentencia, donde se establece el criterio que permitirá imputar a la filial los actos anticompetitivos de la matriz, en el marco de una acción de daños:

“[S]olo podrá considerarse responsable a esa sociedad filial si la víctima demuestra, basándose en una decisión adoptada previamente por la Comisión con arreglo al artículo 101 TFUE o por cualquier otro medio (...) que, habida cuenta, por un lado, de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos (...) y, por otro lado, de la existencia de un vínculo concreto entre la actividad económica de dicha sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se ha declarado responsable a la sociedad matriz, la referida filial constituía, con su sociedad matriz, una unidad económica”.

76. Esta es, pues la clave de la reclamación: no sólo la existencia -en general- de vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre la filial y la matriz, sino la existencia -en particular- de un vínculo concreto entre las actividades económicas de ambas. Ambas sociedades, que jurídicamente son independientes, formarán una “unidad económica”, y por tanto le es exigible a la filial que haga frente a las reclamaciones de daños derivados de la conducta de la matriz, cuando ambas operen en un mismo mercado, lleven a cabo la misma actividad económica.

77. En este aspecto, como en tantos otros, el TJUE está siguiendo las conclusiones del AG Pitruzzella, que había apuntado la necesidad de que la empresa filial haya contribuido de alguna forma

a la implementación de la conducta anticompetitiva de su matriz para que fuera sujeto de reclamación de daños: “*En el caso contrario, el de la responsabilidad descendente, en el que es la sociedad matriz quien comete la infracción, la unidad de la actividad económica resultará —además de la influencia determinante ejercitada por la primera— del hecho de que la actividad de la filial sea de algún modo necesaria para llevar a cabo el comportamiento contrario a la competencia (por ejemplo, porque la filial vende los bienes que constituyen el objeto del cártel)*”⁷³. Parece evidente que si las filiales en España de las matrices alemanas son quienes comercializan los productos de éstas, este segundo requisito para la exigencia de responsabilidad “descendente” no ofrece dudas. No toda la doctrina, sin embargo, está de acuerdo⁷⁴.

3. Valoraciones críticas de la sentencia *Sumal*

78. Este *dictum*, uno de los más destacados de toda la sentencia del pasado 6 de octubre de 2021, no ha pasado desapercibido a la doctrina más atenta, que ha cuestionado su acierto, a la vez que se destaca su trascendencia: “su impacto va mucho más allá del asunto en concreto, modificando el concepto de empresa que hasta ahora se manejaba, añadiendo a la exigencia del ‘control’ la de ‘compartir actividad económica’ (...). Será preciso clarificar en futuros asuntos a qué estándares se utilizan para distinguir una actividad económica de otra, y qué grado de intensidad de la ‘conexión’ es relevante a estos efectos”⁷⁵.

79. En un sentido similar se pronuncia el prof. ALFARO, comentando el pronunciamiento del TJUE, cuando afirma que “basta con verificar que la filial –si se quiere dirigir la pretensión indemnizatoria contra la filial– o la matriz –si se pretende dirigirla contra ésta– forman parte de la misma unidad económica que cometió la infracción para que pueda ser condenada al pago de la indemnización. Las Conclusiones tienen de especialmente interesante el apunte del AG en el sentido de que la pretensión indemnizatoria no podría dirigirse contra la filial si ésta está presente en un mercado ajeno y distinto del mercado en el que se ha producido la infracción. Sólo en ese caso podría decirse que la filial no forma parte de la ‘unidad económica’”⁷⁶.

80. Sin embargo, este autor propone elaborar la teoría de la imputación a la filial de responsabilidad por los actos de la matriz sobre la base de la doctrina de los grupos de sociedades, y una comprensión “patrimonial” del concepto de personalidad jurídica de las empresas. Y, en idéntico sentido, apunta la necesidad de separar dos ámbitos distintos, y que en cambio tanto en las Conclusiones del AG como en la sentencia del TJUE no están debidamente diferenciados⁷⁷: la imposición de sanciones y el ejercicio de acciones indemnizatorias. Lo que, en un epígrafe anterior hemos señalado al indicar que para este pronunciamiento, aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia forman una unidad sistemática.

⁷³ Conclusiones del AG en *Sumal*, apartado nº 57.

⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, en contra de esta interpretación: C. KERSTING, “Up- and down-stream liability within the economic unit: children liable for their parents!”, *Global Competition Law Review*, Vol. 14 (3), pp. 126 y ss.

⁷⁵ M. ARAUJO BOYD, “Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU’s judgment in *Sumal* (C-882/19)”, *Blog Chillin’ Competition*, 7 de octubre de 2021 (traducción propia). Disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (última consulta el 30 de mayo de 2022).

⁷⁶ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “El TJUE dice que Mercedes Benz España tiene que soportar la demanda de indemnización de los daños causados por Mercedes Benz AG al participar en el cártel de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2021/10/el-tjue-dice-que-mercedes-benz-espana.html> (última consulta el 3 de junio de 2022).

⁷⁷ En línea con todo un sector doctrinal que recela de esta traslación de las categorías sobre extensión de responsabilidad en el ámbito sancionador (aplicación pública) al ámbito resarcitorio (aplicación privada), ya que conculca principios sagrados del derecho civil como el de la limitación de responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas. *Vid.*, entre otros, C. SIEBURGH, “The Attribution of Acts: Towards a Principled Assessment under EU and National Private Law” (2016), *European Review of Private Law*, Vol. 24 (3-4) págs. 645 a 668.

81. Así, respecto al primero de ellos, el ámbito de la responsabilidad por sanciones, señala el prof. ALFARO que: “En cuanto a la responsabilidad por sanciones, el TJUE debería ser más estricto de lo que es. Porque si la separación patrimonial que garantiza el recurso a los grupos de sociedades es legítima, imponer la sanción a un patrimonio distinto del patrimonio cuyos órganos han cometido la infracción no puede hacerse a la ligera”⁷⁸. De ahí que lo que ya se va consolidando con la denominación de “responsabilidad ascendente” (hacer responsable a la matriz por las infracciones de la filial) sea una tarea compleja, y que ha de hacerse conforme a las normas ya existentes y consolidadas sobre imputación de responsabilidad⁷⁹.

82. Sin embargo, y en opinión del prof. ALFARO, “En el ámbito de la responsabilidad indemnizatoria que acarrea la comisión de una infracción, los criterios no deben ser igualmente estrictos. La razón se encuentra en que, al margen de los criterios establecidos más arriba para determinar a quién es imputable la infracción, debe exigirse al grupo de sociedades que reaccione de conformidad con las exigencias de la buena fe a la presentación de la demanda por parte de la víctima de un cártel o de otra infracción del Derecho de la Competencia. En este sentido, me parece evidente que un camionero que compró un camión en España a un concesionario de Mercedes Benz debe poder demandar a la filial española de Mercedes Benz aunque la que cometió la infracción fue la sociedad alemana de este conglomerado que se dedica al negocio de fabricar y vender camiones. Si el conglomerado tiene ‘presencia’ en España, vende camiones en España y el precio de esos camiones se vio alterado por las maquinaciones de cualquier individuo que trabajaba para el conglomerado en cualquier parte del mundo, no es conforme con la buena fe que la filial española rechace su legitimación pasiva”⁸⁰.

83. Es, desde luego, una interpretación distinta a la que adopta el TJUE, y que haría innecesaria la restricción que introducía el AG en sus Conclusiones al concepto clásico de “control”, hasta ahora el único requisito para establecer la imputación de responsabilidad. Como ya hemos visto, se añade ahora el que la filial opere en el mismo sector de mercado en el que actúa la matriz, que ambas compartan una misma actividad económica. Esta exigencia de la buena fe en la actuación de la empresa demandada, paralela a la exigencia de que el “sistema” en su conjunto facilite la interposición de este tipo de acciones resarcitorias, y no las imposibilite o las haga en la práctica sumamente complicadas -sobre todo para los demandantes- es, en el fondo, parte de lo que la Directiva 2014/104/UE introduce en el ordenamiento comunitario, y la transposición a nuestro derecho por el RD Ley 9/2017 introduce en España.

84. En cualquier caso, en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, “cuando se demuestra una desviación respecto de la diligencia exigible a los directivos en su condición de gestores de intereses ajenos sometidos a unos reforzados deberes de diligencia y lealtad. Pero esa traslación de responsabilidad no se contiene ni en la Directiva de Daños ni en la modificación de la LDC operada por el Real Decreto-ley 9/2017, por lo que la imputación de responsabilidad a dichos sujetos por los daños resultantes de la infracción de la normativa de competencia, al margen de los mecanismos societarios ya existentes al efecto, requeriría una extensión del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria a los mismos”⁸¹. De ahí la problemática que surge con nuestro actual art. 72 LDC, sobre la posibilidad -conforme a nuestro derecho interno- de extender la responsabilidad que la ley prevé para el infractor a su sociedad filial. Es la cuarta cuestión prejudicial que la Audiencia Provincial de Barcelona formula al TJUE, y la examinaremos en un epígrafe más adelante.

⁷⁸ J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2021), *op.cit.*

⁷⁹ Como ya hemos tenido ocasión de señalar en F. DÍEZ ESTELLA y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de *Stora* a *Portielje*, pasando por *Akzo Nobel* y *Elf-Aquitaine*”, en *Anuario de la Competencia 2013*, Ed. Marcial Pons, págs. 321-358, Madrid, 2014.

⁸⁰ J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2021), *op.cit.*

⁸¹ C. GÓMEZ ASENSIO, “La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Mercantil* n.º 308, abril-junio 2018.

85. Finalmente, para concluir este apartado, nos ha parecido conveniente recoger algunas críticas que se han formulado contra esta construcción del TJUE en *Sumal*. En efecto, para algunos autores⁸², hay dos procesos distintos que intervienen cuando se sanciona a una empresa infractora: (i) la identificación de los elementos constitutivos de una empresa con el fin de determinar las personas potenciales a las que, en teoría, se podría imputar una infracción (aquí hablaríamos de *trazar un perímetro exterior*); y (ii) la identificación de las personas actuales dentro de dicho perímetro a las que se puede imputar legalmente una infracción (aquí la tarea es *determinar la responsabilidad* dentro de ese perímetro). De forma bastante confusa, los Tribunales de la UE han utilizado con frecuencia el término “empresa” o “unidad económica” para referirse a la investigación sustantiva que constituye el núcleo de ambos procesos, sin dejar claro a cuál de ellos se estaba refiriendo en cada caso.

86. En efecto, la existencia de estos dos procesos se desprende con claridad del apartado nº 66 de las Conclusiones del AG Pitruzzella, cuando señala que:

“el alcance del concepto de unidad económica que he expuesto en las presentes conclusiones no solo es válido cuando la Comisión identifica el perímetro de la empresa responsable de la infracción a las normas de la competencia y a las personas jurídicas que, dentro de ese perímetro, responden de forma conjunta y solidaria por las sanciones impuestas, sino también cuando los particulares perjudicados por un comportamiento contrario a la competencia cometido por una empresa en el sentido del Derecho de la competencia ejercen una acción civil de indemnización por daños y perjuicios”.

87. Una vez delimitado el perímetro, e identificados los límites de la empresa o unidad económica que es responsable de la infracción del Derecho de la competencia, los perjudicados por la conducta anticompetitiva que hayan sufrido un daño podrán elegir contra cuál de entre las distintas entidades jurídicas que la componen dirigen su acción indemnizatoria. Esta es la base sobre la que la jurisprudencia ha construido la “responsabilidad ascendente”, que permite imputar a la matriz la conducta de la filial, y el debate ahora está en ver si funciona igualmente para construir una “responsabilidad descendente”, que permita imputar a la filial por la conducta de la matriz.

88. Sin embargo, es cierto que el TJUE a veces no clarifica cuál de los dos procesos está realizando; así, por ejemplo, si se trata de trazar el perímetro exterior, no tiene ningún sentido que afirme en el apartado nº 44 *“el concepto de ‘empresa’ y, a través de este, el de ‘unidad económica’, conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción”*, y sin embargo más adelante, en el apartado nº 62 *“la Comisión puede, libremente, considerar responsable de una infracción y sancionar mediante la imposición de una multa a cualquier entidad jurídica de una empresa que haya participado en una infracción del artículo 101 TFUE”*. En cambio, si este razonamiento se está llevando a cabo para determinar, dentro del perímetro, a las personas responsables, cobra todo el sentido⁸³.

89. Como hemos examinado en epígrafes anteriores, *Skanska* no duda en extender este ámbito de responsabilidad en el caso de sucesión de empresa, aplicando la teoría de la continuidad económica, y desde luego que *Sumal* no duda tampoco en atribuir a la filial legitimidad pasiva para ser reclamada por daños ocasionados por su matriz. Una de las objeciones más claras, que examinaremos a continuación, es la posible vulneración del principio de culpabilidad, y responsabilidad personal, con lesión del derecho fundamental de defensa. A la vez, es también igualmente claro que pronunciamientos como *Skanska* y *Sumal* han arrojado luz sobre un terreno que estaba bajo un inquietante limbo legal: “Hasta hace relativamente poco tiempo, existía una total inseguridad jurídica sobre si la responsabilidad de la filial por

⁸² P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 5. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

⁸³ P. WHELAN, *op.cit.*, pág. 13.

los actos de la matriz era una doctrina legalmente reconocida en la aplicación privada del derecho de la competencia de la UE, por lo que existían evidentes divergencias en las prácticas nacionales”⁸⁴.

VII. Otras cuestiones relevantes

1. Los derechos de defensa

90. Desde la perspectiva del *public enforcement* todo lo relativo a la prueba de la conducta anticompetitiva, la evidencia necesaria para acreditar la práctica anticompetitiva en un expediente sancionador, con el debido respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales -el *due process*- y por supuesto el alcance de la revisión judicial, son aspectos de la máxima trascendencia en un sistema que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio en fechas recientes por destacados expertos en la materia⁸⁵. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* dichas cuestiones no son menos importantes, y de ello está dando cuenta la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust. Ya hemos tenido oportunidad de abordar este análisis en anteriores publicaciones⁸⁶; nuestro objetivo ahora es analizar qué ha añadido a este respecto la Sentencia *Sumal c. Mercedes Benz*.

91. Dado que se está imputando a una empresa (la filial) responsabilidad por la conducta ilícita que ha cometido otra (la matriz), es lógico preguntarse si este planteamiento respeta el elemental principio de culpabilidad, y es legítima la duda sobre si esta construcción jurisprudencial respeta igualmente el derecho de defensa, ya que la empresa a la que se está haciendo responsable de las consecuencias civiles del ilícito no ha estado presente en el procedimiento en que se ha declarado acreditada la existencia de dicha conducta anticompetitiva.

92. El TJUE aborda sin ambages estas dudas en el apartado nº 53, cuando señala:

“Procede añadir que la parte demandada en una acción de resarcimiento por daños y perjuicios, que puede dar lugar a la condena de dicha parte a indemnizar a la víctima de una práctica contraria a la competencia, debe poder beneficiarse del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, es indispensable que la sociedad filial afectada pueda defender sus derechos con arreglo al principio del respeto del derecho de defensa, que es un principio fundamental del Derecho de la Unión. En consecuencia, esa sociedad filial debe disponer, ante el juez nacional de que se trate, de todos los medios necesarios para ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, y, en particular, para poder rebatir su pertenencia a la misma empresa que su sociedad matriz”.

93. Y de ahí que, como se señala a continuación (apartado nº 54):

“dicha sociedad filial debe poder refutar su responsabilidad por el perjuicio supuestamente causado, en particular, alegando todo motivo que habría podido invocar de haber estado implicada en el procedimiento incoado por la Comisión en contra de su sociedad matriz y que ha llevado a la adopción de una decisión por dicha institución en la que se declara la existencia de un comportamiento infractor contrario al artículo 101 TFUE”.

⁸⁴ F. MARCOS, “The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (2021) Vol. 52 (4), pág. 475.

⁸⁵ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁸⁶ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

94. Frente a la alegación de la demandada que esta responsabilidad “descendente” estaba vulnerando sus derechos de defensa, y era contrario al principio de responsabilidad personal, el TJUE recuerda (apartado nº 56) que, en el plano del derecho sancionador no tiene obligación de enviar el pliego de cargos a los terceros que se vean afectados por un procedimiento administrativo, sino únicamente a la empresa a la que tiene intención de declarar infractora de la conducta ilícita. Y, en el ámbito concreto que nos ocupa, el resarcimiento patrimonial, señala (apartado nº 58) que:

“el principio de responsabilidad personal no se opone, en las circunstancias descritas en el apartado 56 de la presente sentencia, a que la declaración de la existencia de tal infracción tenga carácter firme a efectos de una sociedad filial dado que, como se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, quien ha de responder por la infracción es la unidad económica constitutiva de la empresa que ha cometido tal infracción”.

95. Y apunta, en el siguiente apartado de su pronunciamiento, una cuestión que tiene que ver directamente con el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea: es verdad que la autoridad de competencia comunitaria está señalando la realización de una infracción en la que la empresa a la que ahora se imputa responsabilidad no ha participado, ni es por tanto destinataria de esa decisión. Sin embargo, afirma el TJUE con toda claridad que *“en el caso de una sociedad matriz y en relación con la consideración de una infracción cometida por la sociedad filial de dicha sociedad, que no es preciso que esta última haya sido objeto de un procedimiento anterior que haya dado lugar a un pliego de cargos y a una decisión, siempre que la sociedad filial cuyo comportamiento ha dado lugar a la infracción formase con la sociedad matriz en cuestión, ya en el momento de la primera infracción, una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE”* (apartado nº 59).

96. En este sentido, y este aspecto de la sentencia merece un cierto reproche, ya que en nuestra opinión sí se aleja de los más elementales principios jurídicos de culpabilidad y responsabilidad, si no en cuanto al fondo -que es incuestionable- por lo menos en cuanto a la forma de expresarlo, el TJUE recuerda la doctrina sentada en la sentencia *AKZO*, según la cual *“ni el artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1/2003 ni la jurisprudencia determinan cuál es la persona jurídica o física que la Comisión debe considerar responsable de la infracción y sancionar mediante la imposición de una multa”*⁸⁷.

97. Esta doctrina jurisprudencial, ya consolidada⁸⁸, permite concluir al TJUE, en términos ciertamente algo crudos, que (apartado nº 63):

“la Comisión puede, libremente, considerar responsable de una infracción y sancionar mediante la imposición de una multa a cualquier entidad jurídica de una empresa que haya participado en una infracción del artículo 101 TFUE. De ello se sigue que no puede inferirse del hecho de que la Comisión haya identificado a una sociedad matriz como persona jurídica que puede ser considerada responsable de la infracción cometida por una empresa que algunas de sus sociedades filiales no formen parte de la misma empresa que ha de responder por esa infracción”.

2. El conflicto con la normativa nacional

98. Como hemos visto en epígrafes anteriores, el TJUE reformula las cuatro cuestiones prejudiciales que le formula la Audiencia Provincial de Barcelona, y responde de forma conjunta a las tres

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 27 de abril de 2017, As. C 516/15 P *Akzo Nobel y otros/Comisión* (ECLI:EU:C:2017:314), apartado nº 51.

⁸⁸ Conforme a la antedicha jurisprudencia *Akzo* (apartados 49 y 60): “Cuando una entidad económica de este tipo infringe el artículo 101 TFUE, apartado 1, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción. A este respecto, para imputar responsabilidad a cualquier entidad jurídica de una unidad económica, es necesario que se aporte la prueba de que al menos una entidad jurídica perteneciente a dicha unidad económica ha infringido el artículo 101 TFUE, apartado 1, de modo que se considere que la empresa constituida por esa unidad económica ha infringido esa disposición y que esta circunstancia se ponga de relieve en una decisión de la Comisión que haya pasado a ser definitiva”.

primeras. La última cuestión, sin embargo, se responde por separado, y es la referente a si las normas nacionales que establecen la responsabilidad *ascendente* (de la filial a la matriz) pero no contemplan la responsabilidad *descendente* (de la matriz a la filial) deben por tanto considerarse como normativa no conforme al Derecho de la UE.

99. A la vista de todo el anterior razonamiento del tribunal, la cuestión parece obvia: si los tribunales nacionales pueden designar a cualquier entidad jurídica dentro de una “unidad económica” como responsable en una demanda de daños derivada de una infracción antitrust, las normas de derecho interno que imposibiliten esta reclamación deberían no ser tenidas en cuenta por ellos. Como señala el apartado nº 74 de las Conclusiones del AG:

“De todo lo anterior se desprende que, en contra de lo que sostiene MBTE, el órgano jurisdiccional nacional puede identificar como responsable de los daños causados por una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia a una persona jurídica a la que no afecta de forma directa la decisión en virtud de la cual la Comisión declaró y sancionó esa infracción sin infringir la prohibición establecida en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, siempre que se cumplan los criterios para considerar que esa persona es responsable de forma conjunta y solidaria con la persona o personas destinatarias de la decisión”.

100. En definitiva, esto es lo que dijo en el año 2006, la sentencia del entonces TJCE en el asunto *Manfredi*⁸⁹, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar el resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust, reconocido por el previo pronunciamiento en el asunto *Courage c. Crehan*⁹⁰, del año 2001.

101. Sin embargo, y pese a esta conclusión evidente, la cuestión planteaba alguna que otra dificultad desde el punto de vista de los hechos del asunto controvertido (la demanda contra Mercedes Benz de Sumal), lo que llevó al A.G. Pitruzzella a proponer (apartado nº 78) que no se abordara esa cuestión. El TJUE optó por lo contrario, posiblemente para orientar sobre una situación no exenta de polémica y que sin duda podría darse también en otros países, eliminando de esta forma cualquier incertidumbre sobre si la imputación de responsabilidad a una filial por la conducta ilícita de su matriz es una exigencia del derecho de la UE, o simplemente no se opone a él.

102. La respuesta del TJUE, como no podía ser de otra forma, invocando la pertinente jurisprudencia⁹¹, es invitar al tribunal nacional a que lleve a cabo una “interpretación conforme” de las normas nacionales con la normativa comunitaria:

“para garantizar la efectividad del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, el principio de primacía de dicho Derecho obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión” (apartado nº 70).

103. Naturalmente, esta interpretación conforme no puede suponer una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, en este caso el art. 71.2 LDC⁹², y por el ello el TJUE insta (apartado nº 73)

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

⁹¹ Sentencias del Tribunal de Justicia, de 24 de junio de 2019, As. C573/17 *Poplawski* (ECLI: EU:C:2019:530), apartado 57, y de 4 de marzo de 2020, As. C183/18 *Bank BGŻ BNP Paribas* (ECLI:EU:C:2020:153), apartado 60.

⁹² Artículo 71. Responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia. 1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. 2. A efectos de este título: a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente ley. b) La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

al órgano jurisdiccional español a que, en caso de no poder llevar a cabo esta interpretación conforme al Derecho de la UE, descarte esta disposición nacional y aplique directamente el art. 101.1 TFUE. Es de señalar, a este respecto, y así lo recoge la sentencia, que “*el Gobierno español sostiene que es posible imputar el hecho dañoso a la sociedad filial en virtud del artículo 71, apartado 2, letra a), de la referida Ley, extremo que corresponde verificar, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente*” (apartado nº 74).

104. Por todo ello, la respuesta del TJUE a la cuarta cuestión prejudicial planteada es clara:

“En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que únicamente prevé la posibilidad de atribuir la responsabilidad derivada del comportamiento de una sociedad a otra sociedad cuando la segunda controla a la primera” (apartado nº 75).

105. Ya desde su aprobación, en el año 2017, como consecuencia de la reforma de la LDC debida a la transposición de la Directiva 2014/104/UE por el RD Ley 9/2017, la redacción de este precepto no había estado exenta de críticas por la doctrina. Así, se ha puesto de manifiesto que: “Los precedentes de competencia, al menos hasta la fecha, sólo han aplicado este concepto en el ámbito sancionador en relaciones verticales ascendentes, esto es, haciendo extensiva la responsabilidad de filial a su matriz, ya que el concepto se basa en la idea de «control» y capacidad para influir y determinar el comportamiento de otra entidad, que actúa o puede actuar bajo sus directrices implícitas o explícitas. La filial, salvo en casos excepcionales que se nos antojan difícilmente imaginable, no se considera que ejerza una influencia decisiva sobre la conducta de su sociedad matriz y tampoco sobre sus sociedades hermanas. Por lo tanto, en la medida en que la filial no controla a su matriz no resulta imputable por la conducta infractora que haya podido cometer aquélla”⁹³.

106. Como puede verse, así lo establece con toda claridad *Sumal c. Mercedes*, la filial sí es imputable por la conducta infractora de la matriz, naturalmente, no por el control aquella que ejerza sobre ésta, que no se da en modo alguno, sino por el hecho de constituir una única “unidad económica”⁹⁴. A la pregunta ¿es la redacción del art. 71.2 LDC contraria a esta interpretación?, hemos visto que el Gobierno español no tiene ninguna duda. Respetuosamente discrepamos de dicha interpretación, ya que la literalidad del precepto es inequívoca: no cabe, conforme a derecho español, imputar a la filial responsabilidad por la conducta de su matriz.

IV. Conclusiones

107. De lo dicho anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones, marcadas todas ellas por una premisa: no cabe cuestionar el liderazgo y rol de “impulsor” de la aplicación privada del Derecho de la Competencia que el TJUE ha asumido. De ello da buena cuenta el pronunciamiento que se ha analizado en estas páginas, el caso *Sumal c. Mercedes Benz*, y la abundante jurisprudencia que ha dictado resolviendo cuestiones prejudiciales que se le han ido planteando, así como recursos sobre temas litigiosos, y que ha contribuido a clarificar áreas de este ámbito legal que estaban ciertamente rodeadas de confusión e inseguridad jurídica.

108. En segundo lugar, es indudable lo actualizada que está la judicatura mercantil en España, por lo menos en cuanto a las reclamaciones de daños, ya que las sentencias dictadas con posterioridad

⁹³ P. VIDAL y A. CAPILLA, “Comentario al artículo 71 de la LDC”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 6ª ed., Madrid 2020, pág. 215.

⁹⁴ Así lo establecen ya, sin ninguna duda, las sentencias que se han dictado con posterioridad al pronunciamiento del TJUE. Así, entre muchas otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 191/2022, de 21 de marzo, en su Fto. Jco. 3º: “*es posible declarar la responsabilidad de una filial en cuanto la misma participe en el proceso de distribución comercial de los vehículos de la marca en España*”.

a *Sumal* no han tardado en incorporar su doctrina. Así, se habla de que “*esta unidad económica entre la filial y la matriz (...) existe realmente cuando las dos entidades comercializan ambos productos*”⁹⁵. Igualmente se ha señalado “*es posible declarar la responsabilidad de la filial (...) en cuanto dicha filial participa en el proceso de distribución comercial de los vehículos IVECO en España*”⁹⁶. O, en los primeros días del presente año 2022, y por la Audiencia Provincial de Barcelona, resolviendo sobre el recurso que suspendió para plantear la cuestión prejudicial, como no podía ser de otra forma: “*se deriva con claridad desde el principio de su relato fáctico en el que se afirma que Sumal, S.L. formalizó la compra de camiones fabricados por el ‘grupo Daimler’, cuya razón social a día de hoy para la actividad de venta de camiones es la de Mercedes-Benz Trucks España, S.L. Por tanto, con ello entendemos que lo que quería afirmar es que la demandada, en cuanto vendedora de los camiones, era la misma ‘empresa’ que la fabricante (Daimler AG). Con ello creemos que se han expresado todos los requisitos que la STJUE de 6 de octubre de 2021 exige para que pueda ser extendida la responsabilidad de la matriz a la filial*”⁹⁷.

109. En tercer lugar, lo que este pronunciamiento pone de manifiesto es el intenso grado de complementariedad entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia. A ello dedica el TJUE no poco espacio en su sentencia, y es precisamente esta concepción integral de ambas, como un “sistema” y no como dos aspectos separados, lo que le permite llegar a la solución aportada. Esta integración del *public enforcement* con el *private enforcement* es bienvenida, pero tenemos que hacer la advertencia que ya hemos señalado en estas páginas: hay que actuar con cautela al trasladar categorías jurídicas del ámbito administrativo-sancionador al ámbito civil-resarcitorio, porque hay riesgo de quebrar principios fundamentales, como el de la limitación de responsabilidad de las sociedades mercantiles o el de culpabilidad personal.

110. En cuarto lugar, y hecha la anterior salvedad (no en vano se han alegado, en alguno de los asuntos que hemos analizado, conculcación de derechos fundamentales de las partes), pero en parte derivado de ella, la “reconstrucción” que hace el TJUE en *Sumal* del concepto de “empresa” y la “unidad económica”, siendo que está entroncado en la jurisprudencia comunitaria, y que indudablemente tiene como consecuencia práctica que facilita el efectivo resarcimiento de las víctimas de una conducta anticompetitiva, también es cierto que introduce algunas ambigüedades en el contenido del término, y su alcance e interpretación, lo que posiblemente será fuente en el futuro de litigiosidad.

111. Así, el nuevo requisito introducido para apreciar esta “responsabilidad descendente” que permite imputar a la filial las consecuencias dañosas de los actos de su matriz, y que el TJUE cifra en la exigencia de que ambas -matriz y filial- lleven a cabo una misma actividad económica, estén presentes en el mismo sector, en definitiva, que la infracción cometida por la matriz haga referencia a los mismos productos que comercializa su filial, sirve para acotar la extensión de responsabilidad, pero tal como se contiene en *Sumal* deja un sinfín de puertas abiertas y lagunas jurídicas que habrá que ir colmando.

112. En quinto lugar, y siguiendo el razonamiento anterior, en algún foro de debate se ha tildado la Sentencia del pasado 6 de octubre de 2021 como un tanto *esquizofrénica*, ya que a lo largo del texto maneja conceptos y categorías jurídicas de modos distintos, en ocasiones simplemente ambiguos, y en otras directamente contradictorios. Hemos señalado, para ilustrar esta afirmación, la confusión reinante en *Sumal* entre dos procesos que, si bien tienen una misma base sustantiva, son totalmente distintos: trazar el perímetro exterior de responsabilidad por la infracción, y determinar en concreto la entidad a la que se le pueden reclamar los daños. Hemos visto también cómo el TJUE intenta -infructuosamente- reconciliar conceptos irreconciliables, como dar al concepto de empresa el significado de operador económico (apartado nº 39) a la vez que reconocer la separación de las personas jurídicas (apartado nº 46). En fin, hemos destacado la confusión con la intenta “redefinir” los límites de la empresa en función

⁹⁵ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, núm. 1069/2021, de 19 de octubre de 2021, Fto. Jco. 4º.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 487/2021, de 10 de diciembre de 2021, Fto. Jco. 5º.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 111/2022, de 27 de enero de 2022, apartado nº 28.

de la actividad económica, usando criterios de vinculación incongruentes, como misma actividad, actividad del acuerdo, actividad de la infracción, etc. (apartados nº 45, 46, 51 y 52). Esto, desde luego, no contribuye a arrojar predictibilidad económica en el mercado y seguridad jurídica para los operadores.

113. En sexto lugar, el loable esfuerzo por asegurar el resarcimiento patrimonial de las víctimas de una conducta anticompetitiva -máxime, como es el caso, de un cártel- no puede ir en detrimento de los derechos de defensa de las empresas. El hecho de que se esté atribuyendo responsabilidad a una filial por una conducta en la que no ha sido parte, ni ha podido estar presente por tanto en el procedimiento sancionador, no deja de ser objetable desde el punto de vista de seguridad jurídica y el elemental principio de culpabilidad. En este sentido, y aunque no es el aspecto esencial de *Sumal*, sí es de valorar favorablemente las referencias que se hacen a esta problemática.

114. En séptimo y último lugar, y pese a la manifestación del Gobierno español de que nuestra normativa vigente -el actual artículo 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia- permite imputar a la filial responsabilidad por la conducta de la matriz, respetuosamente hemos de discrepar, y aunque el obstáculo es fácilmente superable acudiendo a la aplicación del artículo 101 TFUE o simplemente una “interpretación conforme” con la jurisprudencia comunitaria, sería conveniente reformar el precepto para adaptarlo a la doctrina *Sumal*.

Incidencia de la Ley 8/2021 en el Derecho sucesorio de Navarra: Propuestas de futuro*

The impact of Law 8/2021 on Navarre's inheritance law: Proposals for the future

M^a ÁNGELES EGUSQUIZA
Catedrática Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 05.06.2022 / Aceptado: 23.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7187

Resumen: La reforma introducida por la Ley 8/21, de 2 de junio, en el Código civil ha supuesto un profundo cambio de paradigma en la disciplina de la capacidad jurídica. Esta involucra a los Derecho civiles forales o especiales que han de adaptar su normativa a los dictados de la Convención de Nueva York y heterointegrarse con el sistema introducido en el Código civil. El presente trabajo analiza la proyección de este cambio legislativo en el régimen sucesorio “mortis causa” de Navarra en su comparación con el introducido en el Código civil, las reformas que resultan precisas en el Fuero Nuevo, y la regulación impulsada por el Gobierno de Navarra a través del Anteproyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos.

Palabras clave: Derecho sucesorio, capacidad testamentaria, incapacidad para heredar, medidas de apoyo, liberalidad, sustitución ejemplar, inventario y Navarra.

Abstract: The Civil Code reform introduced by Law 8/21 of June 2nd has entailed a deep paradigm shift in the discipline of legal capacity. It involves civil foral or special Laws which have to adapt their norms dictated by the New York Convention and heterointegrate the system introduced in the Civil Code. The following paper analyses this legislative shift's projection as to the inheritance “mortis causa” regime of Navarre as opposed to the one introduced in the Civil Code, the reforms that come up as precise in the Fuero Nuevo, and the regulation propelled by Government of Navarra through the draft Foral Law regarding attention to disabled people in Navarra and guarantee of their rights.

Keywords: Inheritance Law, testamentary capacity, incapacity to inherit, support measures, liberality, exemplary substitution, inventory and Navarra.

Sumario: I. Ideas generales. II. Proyección de la Ley 2/21, de 2 junio, en el Derecho sucesorio de Navarra. III. Capacidad general para disponer y recibir a título de herencia y liberalidad. 1. Capacidad para disponer “mortis causa”. 1.1. El sistema introducido en los artículos 663 y 665 del Código civil. 1.2. El ajuste normativo del Fuero Nuevo al sistema capacidad. 2. Incapacidad para heredar de tutores, curadores y personas físicas y jurídicas que atienden a la persona. Recepción de liberalidades. 2.1. El régimen introducido sobre la incapacidad hereditaria por la LAPD. 2.2. El disímil tratamiento de los actos de liberalidad. 2.3. La innecesaria extensión de esas reglas a Navarra y otras modificaciones necesarias. 3. Eliminación de la sustitución ejemplar: triunfo de la interpretación estricta consagrada en el Fuero Nuevo. IV. Ajustes terminológicos para la regulación sucesoria del Fuero Nuevo. IV. Bibliografía.

* El trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i, RTI, Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España, “La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad” (PID2020-115254RB-I00). IP. Marta Carbayo Fidalgo (2021-2023).

I. Ideas generales

1. No se puede ocultar que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un hito revolucionario en la legislación civil española. La ley no ha dejado indiferente a nadie. Ha habido valoraciones entusiastas, por el cambio de paradigma que entraña, al sustituir el modelo paternalista de incapacitación y representación de la persona con discapacidad por un sistema de ejercicio personal de la capacidad jurídica con apoyos¹. Aunque también se han realizado análisis más críticos que han puesto de relieve las carencias de la nueva regulación e inseguridad jurídica que se introduce frente a terceros². No en vano se establece un régimen que destierra los parámetros externos y objetivados de la apreciación inicial de la capacidad jurídica, por un sistema subjetivo en el que se contrasta “a posteriori” la aptitud del sujeto para realizar el negocio jurídico realizado, puesto que la existencia de apoyos no determina por sí la ineptitud para acometerlos.

2. En el enredo dialéctico introducido por la apodíctica erradicación de la “capacidad de obrar” y “la capacidad natural”, por considerarse discriminatorias en su referencia a la persona con discapacidad, y exclusión de la presunción general de capacidad como regla probatoria, todo acto o negocio puede ser realizado sin cortapisas iniciales y con plena vocación de validez³. Sin embargo, la cuestión que no parece que pueda obviarse es que para ello la persona con discapacidad ha de contar con una “capacidad de hecho”, de entender y querer, los actos o negocios que realice⁴.

3. En el ámbito del derecho sucesorio la reforma de la LAPD ha supuesto para el Código civil una adaptación puntual. Esta ha sido criticada por la doctrina por cuanto aterriza en un campo inspirado en principios muy alejados del sentido general de la reforma y en una materia necesitada de un imperioso ajuste a la realidad social⁵. Es evidente la falta de coherencia normativa que en esta parcela del Derecho ofrece ese cuerpo legal, así como el desfase en sus previsiones.

Como se ha puesto de manifiesto, en el Código civil conviven hoy en día preceptos que persiguen la plena inclusión de las personas con discapacidad con otros inalterados desde su redacción originaria -art. 664 del CC-. Las novedades legislativas introducidas por LAPD no se acomodan, en toda su extensión, a la idea de igualdad de trato que propugna la CDPD -arts. 753, 782, 808 y 822 del CC-. A todo ello se une la falta de atención a problemas generales de importancia, como el atinente al ejercicio de la capacidad testamentaria de quien accidental o permanentemente se encuentra en una posición de vulnerabilidad, o sufre una influencia indebida, sea o no persona con discapacidad; o el sentido y alcance de los límites dispositivos “mortis causa” -específicamente de las legítimas- que fija el Código civil.

¹ A. PAU PADRÓN, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *RDC*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 17 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, 2020, pp. 51 y ss.

² A. CARRASCO PERERA, “Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 1-5.

³ J.M. RUIZ-RICO RUIZ RICO, “Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, coord. J.M. RUIZ-RICO RUIZ RICO, Atelier, pp. 74 a 78 y 91 a 94.

⁴ A. CARRASCO PERERA, “Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores”, *Centro de Estudios de Consumo*, 30 de junio de 2021, pp. 1-3.

⁵ Cf. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, *El nuevo derecho de las capacidades*, dirs. E. LLAMAS POMBO/N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ/E.TORAL LARA, La Ley-Wolters Kluwer, 2022, pp. 373 y ss.; C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintisiete”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 880 a 881.

4. Por lo que respecta a la situación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la peculiar concreción de los principios de la CDPD⁶, llevada a cabo por LAPD, se está propugnando como un mandato necesario a seguir⁷, como si no hubiera más opción legislativa en la adecuación normativa a la Convención que la positivización efectuada por la Ley 8/21, ni otras posibilidades institucionales que las que ésta recoge⁸.

Tal planteamiento supone confundir, desde la perspectiva técnico-jurídica, la conveniencia de que exista un modelo similar dentro del territorio español de ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad en el tráfico jurídico, con el hecho de que tenga que ser obligatoriamente igual el régimen normativo previsto sobre esta materia en cada uno de los Derechos civiles propios. Los aspectos sustantivos incorporados al Código civil por la LAPD no conforman legislación básica del Estado, ni las soluciones institucionales que se han fijado son las únicas que pueden dar respuesta a los principios de la CDPD.

A tal efecto debe recordarse que las innovaciones introducidas en la legislación civil estatal, por el artículo segundo de la Ley 8/21, se dictan “al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8^a de la Constitución”; por tanto, sin perjuicio de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas que cuentan con Derecho civil foral o especial sobre la capacidad jurídica de la persona⁹. La regulación que esos Derechos civiles realicen únicamente estará sometida a los principios de la CDPC. No hay una sola manera de positivizar esos principios¹⁰ y nada impide que no se siga institucionalmente, en toda su extensión, las previsiones del legislador estatal. Una de las alternativas posibles es la que se ha realizado por la LAPD siguiendo la Observación General n^o 1 (2014)¹¹; recomendación que, como ha señalado un sector relevante de la doctrina, no parece que tenga valor vinculante¹². De hecho el propio Tribunal Supremo, antes de la reforma, no consideró que el sistema del Código civil chocará frontalmente con los principios de la CDPC, realizando una aplicación de los preceptos acomodada a su espíritu¹³.

En estas claves el legislador catalán ha dictado, con carácter provisional y hasta que se concrete el nuevo modelo ajustado al actual escenario¹⁴, el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se

⁶ El convenio fue hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España 30 de marzo de 2007, entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo 2008.

⁷ Las Comunidades de Aragón (arts. 34 a 45 y 100 a 169 de CDFA) y Cataluña (arts. 211-3, 221 a 227-9 CCat) son las que cuentan con un régimen completo sobre capacidad de la persona, la interacción de éste ámbito con otros, caso del sucesorio, plantea esa adaptación en otras Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial, como ocurre en Navarra.

⁸ En este sentido se ha venido cuestionando si ésta no será una estrategia del Estado central para obligar al resto de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para seguir los pasos de la reforma estatal. M.C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, p. 159; M. V. MAYOR DEL HOYO, “El Derecho civil aragonés ante la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las personas con discapacidad: ¿Una adaptación condicionada por la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal?”, *Vigesimonovenos Encuentros de Foro del Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020, p. 231.

⁹ C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma”, cit., pp. 149 y 150.

¹⁰ En idéntico sentido, desde la perspectiva del Derecho civil aragonés, C. BAYOD LÓPEZ, “Efectos de la reforma”, cit, pp. 154 y 156.

¹¹ A este respecto el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que emitió la observación manifestó, tras los informes recibidos por diversos Estados, que el “Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se basa en el apoyo para tomarlas. El objeto de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12”.

¹² Cf. C. BAYOD LOPEZ, “Efectos de la reforma”, cit., pp. 155 y 156, quien pone de manifiesto que la función del Comité, conforme a los arts. 35 y 36 de la CDPD, es la de “asesorar y recomendar”; recordando que tanto el TS como el TC han atribuido a los informes y dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos carácter “no vinculante” en atención a su condición de “órgano político y no jurisdiccional”.

¹³ M.A. PARRA LUCAN, “Hacia una reforma del régimen de discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la convención de Nueva York”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y CALERA, Marcial Pons, 2020, pp. 133 y ss.

¹⁴ J. RIBOT IGUALADA, “Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y M.C. CALERA, Marcial Pons, 2020, pp. 63 y 90.

adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, con el fin de evitar los problemas que se derivan de la supresión del procedimiento de modificación judicial de la capacidad de obrar llevado a cabo por la LAPD, y consecuente sustitución por los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad¹⁵.

Ciertamente, que resulte unificado el régimen de ejercicio de la capacidad jurídica puede considerarse como un activo para el operador jurídico dentro del sistema plurilegislativo civil que existe en España, en tanto simplifica su conocimiento y los problemas de aplicación normativa interregional. Pero, en muchos de sus aspectos, la regulación contenida en la LAPD no parece que sea un modelo que deba seguirse acríticamente.

5. La afirmación de que a la persona con discapacidad no se le reconocía, como al resto, una “legal capacity”¹⁶, término utilizado en el art. 12 de la CDPD, se ha venido sosteniendo en virtud de la regulación del Código civil sobre las limitaciones y exigencias fijadas para la testamentifacción para quien “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por mor de ello, el legislador estatal ha forzado la supresión del concepto de capacidad de obrar, afirmando su exigencia en virtud de la CDPC. Se ha negado que ese concepto pudiera ser entendido como “legitimación para el ejercicio de la capacidad jurídica”, como si aquella noción fuera inmutable, y a pesar de que el tráfico jurídico sigue exigiendo que la persona ha de contar con una “capacidad de hecho” para actuar, con el consiguiente querer y entender el acto o negocio jurídico que realice¹⁷.

6. Otro de los problemas generales que presenta este marco regulatorio es el de la etérea referencia a quien resulta destinatario de esa atención normativa: la persona con discapacidad. Esta falta de determinación deriva del seguidismo a la CDPD, cuyo artículo 1 amalgama genéricamente a las personas que puedan necesitar apoyos sin distinguir su heterogeneidad y su diversidad. A los efectos de la realización de negocios testamentarios poco tiene que ver, desde la perspectiva del ejercicio de la capacidad jurídica, la situación de quien presenta una discapacidad sensorial -visual o auditiva-, que precisa apoyos para la vida en sociedad, pero no para la toma de decisiones personales ni patrimoniales, con la de quien padece una discapacidad psíquica o cognitiva, que sí necesita ayuda y apoyo para ellas; piénsese en la partición hereditaria -arts. 1052 y 1057 del CC-.

Todo ello, además, aparece mezclado con nociones asistenciales que restan claridad al sentido y aplicación de las normas¹⁸. A estos efectos no deja de ser perturbador que la opción del legislador sea que el concepto al que ha de estarse sobre la discapacidad en los arts. 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041 del CC, venga definido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre -discapacidad psíquica y superior al 33%, física o sensorial superior al 65%- o el previsto para la dependencia de grado II o III de la Ley 39/2006,

¹⁵ La Exposición de motivos expresamente indica: “mientras el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urge establecer un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la Convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada”.

¹⁶ A este respecto M.C. GETE ALONSO, “El nuevo modelo de la discapacidad en la Convención”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y M.C. CALERA, Marcial Pons, 2020, p. 27, ha puesto de relieve que el nuevo modelo de regulación enfatiza que la capacidad de la persona es única. Indicando que es útil acuñar el término de legal capacity, común a todos los sistemas jurídicos, advierte de la mala traducción al castellano del término como “capacidad jurídica”, que genera una confusión innecesaria y discusiones inútiles, que no se corresponde con la reconocida hasta la fecha, sino la aglutinante de la capacidad jurídica (titularidad) y la capacidad de obrar (ejercicio de derechos).

¹⁷ En este punto son sumamente esclarecedoras las valoraciones de C. MARTINEZ DE AGUIRRE, “La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, pp. 110.

¹⁸ DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “Veintisiete”, cit., pp. 882 a 883..

de 14 de diciembre (artículo segundo, sesenta y siete, de la Ley 8/2021 de 2 de junio)¹⁹. La aplicación seguida al pie de la letra implica que las regulaciones de protección a la persona con discapacidad sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, la incapacidad para heredar, la sustitución fideicomisaria de residuo, el derecho de habitación y la dispensa de colación requieran que aquél tenga que disponer de la pertinente resolución administrativa que le reconozca como discapaz. Hay una injerencia extraña de las categorías administrativas en el ámbito del Derecho sucesorio que aboca a que los efectos jurídico-privados queden constreñidos por las resoluciones y criterios que apliquen los órganos de valoración de la dependencia de las Comunidades Autónomas -art. 27 Ley 41/2003-²⁰, lo que no deja de suponer una distorsión de la finalidad y sentido de la ley civil.

II. Proyección de la Ley 8/21, de 2 de junio, en el Derecho Sucesorio de Navarra

7. Aun cuando la regulación histórica de Navarra siempre ha incluido un régimen específico sobre la capacidad de la persona y sus consecuencias²¹, las reformas efectuadas en el Fuero Nuevo en 1987 y, la más reciente por Ley Foral 21/2019, 4 de abril, no se han adentrado en la disciplina general de la capacidad de la persona individual en aquellos casos en los que ésta no pudiera gobernarse por sí o precisara apoyos, a diferencia de lo acontecido en los Derechos civiles de Aragón y Cataluña.

Las normas forales, si bien han tenido presente la situación concreta de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos negociales, inter-vivos o mortis causa, o en el ejercicio de derechos, funciones o potestades disciplinadas por la legislación navarra, no han incidido en la regulación de los mecanismos de sustitución o apoyo a la capacidad de quien los ejercía. Se ha partido de la base de la aplicabilidad del Código civil, bien por remisión explícita (ley 62 FN que ha sido sustituida por ley 78, 3º FN), bien de manera implícita por la referencia “a la persona con capacidad de obrar modificada” acogida en el supuesto de hecho de diversos preceptos forales²². Esta hetero-integración normativa, prevista en la ley 6 del FN, es la que obliga a la revisión de la regulación del Fuero Nuevo.

¹⁹ Artículo 26. Grados de dependencia.

1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

2. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.

²⁰ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, (“Veintisiete”, cit., p. 883), no sólo ha puesto de relieve estos aspectos, sino que también advierte de la incoherencia de que en el preámbulo de la Ley 8/21, 2 de junio, se señale que la discapacidad no puede depender de una resolución administrativa y, sin embargo, se exija para un número significativo de preceptos.

²¹ Hasta la reforma del Fuero Nuevo de 2019, la Compilación disciplinó en el título III, del Libro I, “la capacidad de las personas individuales” (leyes 50 a 52), para referirse a mayores de edad, emancipados y púberes, dedicando el capítulo IV a la regulación de la capacidad de los cónyuges (leyes 53 y 62 del FN), con remisión expresa para los supuestos de ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges a las disposiciones del Código civil (ley 62 de FN). La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, ha mantenido esa tónica, regulando en el título II, del libro I, titulado “De la capacidad y representación de las personas individuales”, leyes 47 a 19, la capacidad, la emancipación y la representación; con remisión expresa a la aplicación de las disposiciones del Código civil, en cuanto a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, “en los casos de ausencia, modificación de la capacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges” (ley 78, párr. 3º).

²² El Fuero Nuevo alude a la capacidad de obrar modificada en los siguientes preceptos: ley 19 -nulidad, anulabilidad y rescisión de la declaración de voluntad-, ley 36 -interrupción de la prescripción-, ley 44 y 45 -patrimonios protegidos-, ley 49 -representación-, ley 52 -contenido y efectos de la filiación-, ley 54 -reconocimiento (de la filiación)-, 55 -acciones de filiación, disposiciones generales-, ley 56 -acciones de impugnación-, ley 57 -acciones de declaración-, ley 64 -denominación y concepto (de la responsabilidad parental)-, ley 67 -ejercicio de la responsabilidad parental-, ley 71 -guarda y custodia-, ley 75 -suspensión (de la titularidad de la responsabilidad parental)-, ley 76 -prórroga (de la responsabilidad parental)-, ley 78 -libertad de pacto (capitulaciones matrimoniales)-, ley 86 -modificación (capitulaciones matrimoniales)-, ley 94 -administración y disposición (de la sociedad conyugal de conquistas)-, ley 95 -disolución (de la sociedad conyugal de conquistas)-, ley 105 -compensación por

8. En el ámbito sucesorio foral, los ajustes normativos que parecen necesarios para que resulte armónica la heterointegración del Fuero Nuevo con el nuevo sistema de apoyos a la persona con discapacidad consagrado en el Código civil son de carácter puntual. La mayor parte de ellos vienen dados por la referencia que el Fuero Nuevo efectúa a la situación de “capacidad de obrar modificada” de los sujetos que intervienen. Se plantean fundamentalmente en dos contextos:

- 1º. El general, que implica la capacidad para disponer o recibir por vía de testamento u otro acto de liberalidad: incapacidad para testar -ley 184, párr. 4º-, incapacidad para heredar por indignidad -ley 154-; incapacidad de quién debe autorizar la disposición de una liberalidad en caso de necesidad -ley 151.2, in fine-; o sustitución ejemplar -ley 227 FN-.
- 2º. El particular, ligado a la salvaguardar de los intereses económicos de la persona con discapacidad en garantía de la integridad del contenido del patrimonio hereditario, con la exigencia de la realización de inventario para el usufructo vidual -ley 257- o la partición ejecutada por contador partidor -ley 342-; la realización de actos de disposición de los bienes objeto de fiducia sucesoria -ley 287-; y partición contractual efectuada por los coherederos -ley 345-.

9. No parece, sin embargo, que sea necesario que se modifiquen las escasas previsiones que el Fuero Nuevo contiene respecto a las formalidades para otorgar testamento notarial, limitadas a la intervención y número de testigos, su idoneidad y condiciones -leyes 185 a 187 del FN-; vista la remisión expresa que la ley 188 del FN efectúa a las disposiciones del Código civil cuando se trata de testamentos notariales.

Los amplios términos en los que se expresa la ley 185.c) del FN, que establece la presencia necesaria de testigos cuando “el testador declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento”, obvian el problema presente en el derogado art. 697²³ del CC, que literalmente imponía esta exigencia para las discapacidades sensoriales de invidentes y sordos. La utilización por parte del notario de los mecanismos de apoyo que sean oportunos, redacción del testamento en braille, permite el cumplimiento de la exigencia que faculta la exclusión de esa formalidad, toda vez que el testador invidente puede por sí constatar que se ha transcrito fielmente sus últimas voluntades.

Por otra parte, la competencia de Navarra sobre estos aspectos de la testamentifacción supone que el régimen foral podría separarse de la literalidad de las reglas contenidas en el Código civil, siempre que se adecue a los que constituyen los principios de la CDPD, como acontece en este caso.

En esta línea podría pensarse, ya que el testamento ológrafo se encuentra disciplinado en la ley 190 del Fuero Nuevo con un régimen propio, en el que se reconoce capacidad para otorgarlo a la persona mayor de 16 años, en la posibilidad de su extensión a la persona con discapacidad visual utilizando otros mecanismos de escritura -braille-, cuando no medios digitales con tecnología segura, como la de blockchain, añadiendo una modalidad más de forma testamentaria que no precise de intervención notarial.

La primera es una vieja y controvertida propuesta doctrinal²⁴ que el Código civil sólo ha incorporado parcialmente para el testamento notarial cerrado -arts. 708 y 709²⁵-. La segunda es el futuro, ya presente, que se encuentra en línea con lo actualmente previsto para la intervención notarial del testa-

desequilibrio-, ley 151 -disposición en caso de necesidad (actos de liberalidad)-, ley 154 -incapacidad por indignidad-, ley 184 -incapacidad para testar-, ley 227 -sustitución pupilar y ejemplar-, ley 257 -usufructo vidual-, ley 287 -situación de dependencia (fiduciarios-comisarios)-, ley 342 -inventario (partición por contador partidor)-, ley 345 -modos de hacerla (partición por los herederos)-, ley 508 -clases (enriquecimiento sin causa)-, y ley 537 -restitución (enriquecimiento sin causa)-.

²³ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 697”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, p. 946.

²⁴ Cf. M.P. REPRESA POLO, “Treinta y uno. Treinta y dos. Treinta y tres. Treinta y cuatro”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 903 y ss. se hace eco de las reticencias tradicionalmente aducidas en la utilización de la escritura Braille por el carácter uniforme e impersonal de la escritura que no permiten asegurar con certeza que el testamento elaborado sea del propio del testador, alegadas para restringir la apertura del testamento notarial cerrado al discapaz invidente, riesgo que entiendo de la autora que “sólo queda salvado por la originalidad y autenticidad de la firma y cuando quede claro que el testador conoció por sí mismo el contenido del testamento”. C. ESPINO BERMELL, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Ed. Reus, 2018, p. 146.

²⁵ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 709”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, pp. 958 y 959.

mento cerrado de la persona con discapacidad visual. En éste se permite manifestar la voluntad testamentaria por cualquier medio -art. 695 CC²⁶-, incluido los electrónicos, que tendrá que ser firmada con firma electrónica reconocida -art. 706²⁷-, aunque algún autor cuestione la posibilidad de utilización de la grabación audiovisual entendiendo que la expresión de última voluntad debe ser manuscrita²⁸.

10. A fecha de hoy, la adecuación de la normativa civil a la CDPD en Navarra se halla impulsada por el Departamento de Servicios Sociales del Gobierno de Navarra. Figura como un aspecto más y, en cierta medida desinencial, del Anteproyecto de Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad en Navarra, cuyo objeto fundamental es la regulación de los aspectos sociales, educativos y asistenciales que implican la CDPD. En su disposición final primera, la “Modificación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo” se plantea como una reforma que cabría calificar de mínimos. El texto propuesto se encuentra acriticamente mimetizado con las soluciones ofrecidas en la LAPD, a pesar de las profundas diferencias institucionales y de principios que rigen, especialmente, el régimen sucesorio “mortis causa” en Navarra. Como se verá, ello puede implicar, si no se producen modificaciones durante la tramitación como Ley Foral de ese texto, que algunas de las reformas que se proyectan carezcan de todo fundamento y sean un sinsentido en Navarra.

III. Capacidad general para disponer y recibir a título de herencia y liberalidad

1. Capacidad para disponer “mortis causa”

1.1. El sistema introducido en los artículos 663 y 665 del Código civil

11. Este es uno de los ámbitos reformados por la Ley 8/2021 que, sin embargo, no se ha efectuado con el rigor y profundidad necesarios, limitándose a los artículos 663 y 665 del CC.

La necesidad de reformular el tenor del art. 663 del CC había sido puesta de manifiesto por la doctrina desde hace mucho tiempo, por cuanto no se adecuaba al sentir y realidad de los tiempos los términos en los que se formulaba la “incapacidad para testar”, con la alusión a “uno y otro sexo” en el caso de los menores de catorce años, y a quien “habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio”, en referencia a la “discapacidad” de los mayores de edad.

12. La nueva redacción atiende a esa necesidad y va más allá. Adapta el tenor del precepto al nuevo sistema que veda la referencia a las incapacidades expresas sustituyendo aquella referencia a la “incapacidad” por la de “no pueden testar”, con un sentido que resulta similar²⁹. Elimina la referencia a los sexos, tratándose de los menores de catorce años -art. 663.1 CC: “no pueden testar la persona menor de catorce años”-. Y, en cuanto a los mayores de edad, indica que no podrá disponer mortis causa “la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”; expresión con la que se persigue acomodar el ejercicio de la capacidad de testamentación al nuevo sistema de apoyos -art. 663.2 CC-.

13. A tenor de ello carecerá de capacidad para disponer “mortis causa” quien no pueda configurar o estructurar, por sí mismo o con apoyos, una voluntad testamentaria que resulte suficiente, o bien quien pudiendo conformarla no logre expresarla, debido a situaciones temporales o permanentes y por obede-

²⁶ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 695”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, pp. 943 y 944.

²⁷ A. BARRIO GALLARDO, «El testamento ológrafo electrónico: una “contradictio in terminis”», *¿Cómo poner en práctica el autogobierno?*, coord. F. GALINDO AYUDA, Reus, 2020, p. 169; N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 706”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, p. 955.

²⁸ Cf. M.P. REPRESA POLO, “Treinta y uno. Treinta y dos. Treinta y tres. Treinta y cuatro”, cit., p. 905.

²⁹ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 663”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Thomson-Reuters, 2021, p. 907.

cer a diversas causas -intoxicación, enfermedad mental, inconsciencia o discapacidad-. Es significativo que el art. 663.2 CC apostille que ello no se consiga realizar “*ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*”, con lo que se corrige la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que, tras mantener un criterio aperturista (STS 24 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4755), 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4900)), sostuvo en la STS 15 de marzo de 2018 (2018,1090), sentencia de pleno, la exclusión de la posibilidad de “apoyo” o participación en la realización de negocios jurídicos “mortis causa” por parte del curador.

De esta dicción del art. 663.2 del CC se ha puesto de relieve su poca fortuna, fruto de las enmiendas introducidas en sede parlamentaria al Proyecto de la LAPD³⁰ y que depararon en su empeoramiento técnico³¹. La objeción fundamental es que los términos de la norma se centran en la persona con discapacidad, a pesar de ser ésta una regla de carácter general sobre la capacidad jurídica para testar de toda persona física, no limitada a la que se halla en esa situación concreta. Con todo, aunque los términos empleados resultan difusos y ofrecen un perfil más asistencial que jurídico, puede pensarse que la regla de fondo sigue manteniendo su perfil esencial.

14. La voluntad testamentaria, como voluntad negocial, tiene como premisa para su validez la propia capacidad y aptitud mental de quien la emite, lo que dependerá de su situación concreta, como ya se recordó por la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1090).

Ese principio se consagra en el art. 664 del CC, precepto que no ha sido modificado por el legislador a pesar de emplear un lenguaje obsoleto y anacrónico que contradice el espíritu de la CDPD, poniendo de manifiesto el valor del acto de disposición de última voluntad efectuado con capacidad: “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Las circunstancias sobrevenidas de “enajenación mental” o “pérdida de juicio o de discernimiento” no podrán ser estimadas retroactivamente para enjuiciar la capacidad, según reconocía la jurisprudencia, no sin contradicciones, respecto a las personas posteriormente “incapacitadas” -STS 23 de marzo de 2010 (RJ 2010, 23269)-. La regla relativa a que no cabe presumir la incapacidad de la persona para testar, en atención a circunstancias anteriores o posteriores al momento de otorgar el testamento, se consagra en el inmodificado art. 666 del CC cuando señala que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en el que se halle al momento de otorgar el testamento”.

15. El sistema se completa con el reformulado art. 665 del CC, que ahora prevé que “la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”. Para ello se encomienda al Notario las gestiones que sean pertinentes a fin de que ayude al testador en la toma de sus decisiones “*apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. Y ofreciéndole, cuando esa discapacidad sea sensorial, “*los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos*”, así como el empleo de “*sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso*” -art. 25 párr. final LN-.

En la doctrina se ha venido discutiendo a quién resultaría de aplicación esta norma dados los términos de la disposición adicional 4^a de la LAPD, si sólo a la persona para la que se hubiera adoptado apoyos (voluntarios, judiciales o informales), por la referencia al “incapacitado” del anterior tenor del

³⁰ «No pueden testar:

1. La persona menor de catorce años.

2. La persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo.»

Veintiocho. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto:

«Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.»

³¹ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintisiete”, cit., p. 883.

art. 665 del CC (STS 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 9688)), o a cualquier sujeto con discapacidad que los precise. La norma no lo indica y, como bien señala ÁLVAREZ LATA³², debería haberse explicitado. La respuesta práctica que parece más plausible es que la imprecisión del art. 665 del CC aboca a una aplicación general. El precepto puede pensarse que comprende tanto a la persona con discapacidad que demanda apoyos ante el Notario, como a la que este profesional considere que los precisa, por conocer que están establecidos o valorar su necesidad sin hallarse previstos.

16. La LAPD coloca sobre los hombros del Notario la valoración del juicio de capacidad y decisión sobre la autorización del testamento de la persona con discapacidad, inclusive si el otorgante se encuentra ligado a una curatela representativa. Ello entraña la consiguiente responsabilidad profesional en cuanto al cumplimiento diligente de la correcta indagación y estimación de la capacidad de testar de aquella persona.

En este contexto la eliminación en el trámite parlamentario de la exigencia del informe de dos facultativos sobre la capacidad de la persona para la que se hubiera acordado las medidas de apoyo judicial, no deja de abrir un flanco propiciatorio a la impugnación testamentaria. Aunque nada impide que el Notario pueda solicitar ese auxilio cuando lo estime pertinente dentro de los “ajustes necesarios” al que le impele la LAPD, una previsión en tal sentido hubiera reforzado de manera más acabada el “juicio” notarial en este ámbito, como señalaba STS de 15 de marzo de 2018³³.

17. En este modelo de valoración de la capacidad jurídica testamentaria que ha transitado de la esfera judicial a la notarial³⁴, para los intereses de los herederos y legatarios, se augura como vital que las decisiones que adopte el Notario sobre los apoyos precisos para emitir esa declaración de última voluntad sean las atinadas. Son significativas las afirmaciones que a tal efecto se recogen en la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, para otorgar testamento en aplicación del art. 665 del CC.

Desde la premisa del art. 269 del CC, que prevé que para testar “la causa de denegación ha de ser una imposibilidad de hecho”, y el Notario debe prestar a la persona un apoyo institucional, se advierte que: a) el juicio de capacidad jurídica ha de versar sobre una situación de hecho caracterizada por su actualidad o coincidencia con el otorgamiento; y b) tal juicio ha de cobrar una nueva dimensión en tanto involucra a ese profesional. Y se afirma:

«ese juicio notarial de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo “una enérgica presunción”, poco enérgica si resulta destruible sin más, mediante un dictamen médico forense basado en juicios a posteriori, sobre la racionalidad del *sujeto objeto de diagnóstico* o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus propias deficiencias, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el Notario. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad, ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio Notario. Todo ello lleva a pensar, que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada».

18. Más allá de las indicaciones ofrecidas por el Consejo General del Notariado, que aconseja se documente en un acta previa los procesos y apoyos prestados para la autorización del testamento y emisión del juicio de la capacidad testatoria de la persona con discapacidad, no se puede obviar la realidad vivida hasta fechas recientes. En la práctica, incluso cuando la autorización del testamento de persona con discapacidad se encontraba respaldada por los informes positivos de los dos facultativos peritos

³² “Artículo 665”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Thomson-Reuters, 2021, p. 910.

³³ En tal sentido, M. GARRIDO MELERO, “El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coord. M.C. GETE-ALONSO y CALERA, Marcial Pons, 2020, p. 116.

³⁴ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintiocho”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. GUILARTE MARTÍN CALERO. Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 887 y 888.

médicos, las impugnaciones ante los tribunales no sólo han sido constantes sino que, una parte relevante de los procesos, han terminado con la declaración de nulidad del testamento, en virtud de otros informes médicos distintos a los que permitieron su autorización (SAP Badajoz de 24 mayo 2021 (Sección 3^a), núm. 117/2021 (JUR 2021\225215).

En este punto la reforma no parece que evite la litigiosidad, ni que los parientes frustrados por las decisiones del testador con discapacidad, fallecido éste, se conformen con sus decisiones. La adopción por el Notario de las medidas de apoyo no suprime la facultad de impugnarlo, ni blinda inexorablemente su juicio positivo de capacidad, puesto que su criterio es jurídico técnico pero no médico pericial. Aun cuando se diga que el juicio notarial sobre la capacidad testamentaria resulta muy cualificado, no es una presunción “*iuris et de iure*”, ni conforma una decisión judicial, por lo que todo ello dependerá de la apreciación que realicen los tribunales. Y es que la negativa de un Notario a autorizar un testamento notarial ni limita, ni impide, que quien sin capacidad quiera otorgar su acto de última voluntad pueda finalmente lograrlo acudiendo a otro profesional. La reforma en este aspecto no parece que vaya a ofrecer mayor seguridad jurídica a los herederos y legatarios testamentarios, ni a mitigar la carga de trabajo de los Tribunales por impugnación de los testamentos notariales otorgados por personas con discapacidad.

19. En todo caso, las previsiones y cautelas reseñadas se encuentran referidas a las personas con discapacidad que han optado por realizar testamento notarial abierto. A pesar de lo que se ha sugerido por algunos autores³⁵, no parece que los términos del art. 665 del CC impliquen que quien precise apoyos para otorgar testamento sólo pueda emplear esta vía testamentaria para manifestar su última voluntad, por mucho que este precepto se encuentre en sede de disposiciones generales y se piense que es una salvaguarda razonable conforme al art. 12.4 del CDPD. Materialmente nada impide al discapaz la utilización de las otras vías testamentarias. Pero es que, además, tal interpretación lesiona, como ha puesto de relieve ÁLVAREZ LATA³⁶, los principios del art. 249 del CC. La testamentifacción es una de las facultades de la persona que se preserva en todo caso y queda incólume, sobre la que no cabe incidir en la sentencia de curatela aunque ésta sea representativa.

Desde luego, la opción del art. 665 CC es la deseable en virtud de las garantías que confiere al acto de declaración de última voluntad, pero la facultad de la persona discapaz para otorgar testamento ológrafo o bien notarial cerrado no se encuentra restringida. Cuestión distinta es el mayor riesgo de cuestionamiento e impugnación que, en tales casos, pueda sufrir su declaración de última voluntad. No se puede desconocer la potencia contradictoria que frente al principio de capacidad despliega la prueba que se lleva cabo de la situación de discapacidad psíquica o cognitiva que podría no haber concurrido en el momento de deponer la declaración de voluntad. Este es un problema que siempre ha estado presente en los testamentos ológrafos, como se ha puesto de relieve por la doctrina³⁷, y que conduce a que este tipo de testamentos sean campo abonado para su impugnación y litigiosidad.

1.2. El ajuste normativo del Fuero Nuevo al sistema de capacidad

20. Dispone la actual ley 184, con “ladillo” de *incapacidad para testar*, que *están incapacitados para testar*: “1. Las personas menores de 14 años. 2. Las personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento”.

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, añade el segundo párrafo del número 2, que: “*las personas cuya capacidad haya sido judicialmente modificada podrán otorgar testamento abierto siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento a salvo aquellos supuestos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar*”.

³⁵ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Árbore Académica*, vol. 10, 2018, p. 464.

³⁶ “Artículo 665”, cit., p. 911.

³⁷ S. DÍAZ ALABART, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Editorial Reus, 2018, pp. 29 y ss.; N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 665”, cit., 911.

La norma recoge el sistema previo a la LAPD, en cuanto al reconocimiento de la capacidad para testar de las persona con discapacidad, con un dicción más acorde con los dictados de los tiempos y la sensibilidad social que la ofrecida por los reformados arts. 663 y 665 del CC. La carencia de un régimen propio en cuanto a la capacidad de la persona con discapacidad, que obliga a la heterointegración normativa con el Código civil, impone el ajuste de esta ley al nuevo escenario creado en este ámbito del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

21. No parece que esta adecuación requiera de cambios profundos en el tenor del precepto.

La definición de la capacidad testamentaria, que se encuentra recogida en el párrafo primero de la ley 184.2 del FN, presenta una mejor técnica que el Código civil, por cuanto restringe tal facultad a quien carece *de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento*. En el ajuste al nuevo escenario de la LAPD bastaría con redefinir esa “capacidad natural” por la “capacidad de hecho” a fin de atender a la idea de igualdad en el ejercicio de aquella capacidad. Con ello, la regla no desconocería su valor de norma general aplicable a todo sujeto, que no sólo resulta de aplicación a la persona con discapacidad.

La eliminación del párrafo segundo del número 2 de la ley 184 del FN, en cuanto alude a un escenario que se ha querido que desapareciera, como es el de la modificación judicial de la capacidad de la persona, cumpliría con la otra exigencia que demanda el nuevo sistema, aun cuando para las situaciones de mayor intensidad en la discapacidad se halle prevista la curatela representativa.

De esta forma la ley 184 del FN delimitaría de una manera general, y no sólo centrada en el colectivo de las personas con discapacidad, quién carece de capacidad para otorgar testamento. Se mejoraría de esta forma la norma navarra frente a la dicción que ofrece el art. 663 del CC, en la que parece se ha olvidado que el precepto tiene vocación de generalidad y no sólo responde a la situación del discapaz.

Por otra parte, resulta indiferente, desde el plano jurídico, que se opte por mantener, o no, en la ley 184 del FN el “ladillo” del precepto “incapacidad para testar”, aun cuando se haya cambiado ese término en el art. 663 del CC por “no podrán testar”. Más allá del gusto estético, por una hipotética evocación del sistema anterior, ambas fórmulas ofrecen jurídicamente el mismo sentido que, además, resulta aplicable a todo sujeto.

22. En el camino que ha de transitar el legislador foral ha de ponerse de relieve que la materia que nos ocupa no forma parte de la segunda reserva establecida en el art. 149.1.8 de la CE. Navarra cuenta con una regulación tradicional en materia de capacidad y la existencia de una conexión institucional suficiente para el desarrollo normativo en esta materia resulta palpable. Buena prueba de ello son las divergencias entre el Código civil -art. 688- y el Fuero Nuevo -ley 190- en cuanto al régimen del testamento ológrafo, con un regulación actual, ley 190 del FN, que otorga capacidad para testar al “menor emancipado” y no sólo al “mayor de edad”.

23. Igualmente, teniendo en cuenta que la adecuación del Derecho civil de Navarra ha de acomodarse a la CDPD, y no necesariamente a la LAPD, cabría pensar en ajustar los términos del párrafo 2º de la ley 184 del FN para permitir que el Notario pueda apoyar su valoración sobre la capacidad del testador, no a título individual sino por requerimiento legal, con el auxilio del dictamen de dos expertos facultativos. Ello reforzaría las facultades que se le conceden a este profesional en cuanto a la apreciación de la aptitud del sujeto y su juicio sobre la capacidad testamentaria cuando sea objeto de discusión ante los tribunales, como se planteó en el Proyecto de la LAPB³⁸, sin limitarse a la intervención testamentaria de la persona con discapacidad³⁹. Esta previsión resulta especialmente importante para un sistema

³⁸ En la primera redacción del Anteproyecto y el Proyecto, el art. 665 del CC disponía: “Si el que pretende hacer testamento se encontrará en una situación que hiciera dudar fundamentalmente al notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, éste designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”.

³⁹ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Veintiocho”, cit., pp. 887 a 889; M.T. ECHEVERRÍA DE RADA, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, dirs. M. PEREÑA VICENTE, y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 548 y ss.

como el navarro, sin legítimas materiales y en el que rige una amplia libertad de testar, pues robustece la eficacia de las disposiciones “mortis causa” voluntarias cuando los testamentos sean otorgados por personas con dificultades de comprensión, vulnerables o con patologías mentales difíciles de evaluar. El mantenimiento de esta exigencia formal en los testamentos notariales sería un baluarte para la defensa de la idiosincrasia sucesoria y libertad dispositiva foral, así como para las decisiones del disponente no aceptadas por los herederos legales que pretendan su impugnación.

24. El texto del Anteproyecto de Ley Foral de atención a las Personas con Discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (APLFPDN) que se impulsa por el Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra desconoce algunos de los parámetros y singularidades que se han descrito del régimen sucesorio foral.

La reforma que postula para la ley 184 del FN mantiene el ladillo de “incapacidad para testar”, si bien modifica en su contenido la terminología por “no pueden testar”. Conforme a la propuesta de regulación, no podrán testar en Navarra, como ya se señalara antes, los “menores de 14 años”. Junto a ellos, con reformulación de su dicción, se les restringe la facultad de testamentifacción a “*las personas que carezcan de capacidad de hecho de entender y expresar la voluntad en el momento de otorgar el testamento ni aun con medios o apoyos para ello*”.

La fórmula empleada mimetiza la regulación que ofrece el Código civil, arrastrando las deficiencias técnicas puestas de relieves por la doctrina. Olvida que esta regla sobre capacidad es de aplicación general para toda persona y no sólo se refiere a quien precisa “apoyos”, la persona con discapacidad, para otorgar testamento. Obvia, además, la posibilidad de que la valoración notarial sobre la capacidad pueda estar legalmente avalada por el juicio técnico de dos facultativos sobre la “capacidad de hecho” de la persona con discapacidad, que en un sistema como el navarro, de amplia libertad dispositiva, podría conjurar y atemperar la litigiosidad.

2. Incapacidad para heredar de tutores, curadores y personas físicas y jurídicas que atienden a la persona. Recepción de liberalidades

2.1. El régimen introducido sobre la incapacidad hereditaria por LAPD

25. En el contexto de ajuste al nuevo sistema de apoyos, el legislador estatal ha adecuado también el régimen de incapacidades para recibir por vía testamentaria. Las tradicionalmente previstas para el tutor y curador del causante se han restringido, en el caso de la persona con discapacidad, en el nuevo tenor del art. 753 del CC, a una concreta medida de apoyo de carácter judicial: la curatela representativa funcional. Planteada en el tenor del precepto como una presunción *iuris et de iure* y sin prueba en contrario que salve su validez⁴⁰, tal configuración como prohibición legal no se puede desconocer que ha sido discutida doctrinalmente, respecto al art. 752 del CC, y relativizada por la jurisprudencia más reciente en función de la efectiva voluntad testamentaria⁴¹.

26. La nueva regla sobre la incapacidad para heredar del “curador representativo” se completa con las excepciones tradicionalmente previstas cuando el desempeño de ese cargo se efectúa por quien

⁴⁰ Cf. L. PÉREZ GALLARDO, “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho español)”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, dirs. M. PEREÑA VICENTE, y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 562 y 563.

⁴¹ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5ª ed., 2021, p. 1003; A.L. CABEZUELO ARENAS, “El problema de la validez del legado ordenado por la testadora a favor de institución religiosa de la que formaba parte su confesor (art. 752 CC)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2015, p. 3; S.R. DE SALAS MURILLO, “Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 35, 2019, p. 15; M.P. REPRESA POLO, “La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual. La reforma del art. 753 CC”, *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Reus, 2022, pp. 50 y ss.

es un pariente cercano del testador -ascendientes, descendiente, hermanos o cónyuge-. Este régimen ha sido ampliado por la LAPD a todos los sujetos que ejerzan el cargo o la función de “curador o cuidador” y sean “*pariente(s) con derecho a suceder ab intestato*” -art. 753, párr. 4^o del CC-, lo que supone que también quedan incluidos en el régimen de excepción los colaterales hasta cuarto grado. Se comparten en estos casos las razones ponderadas para excluir la aplicación de esa prohibición: el afecto que media con el causante y la concurrencia de derechos hereditarios -en algunos casos como legitimarios-. El peligro de la posible captación de voluntad por parte de esos parientes se conjuga con el recurso a la impugnación testamentaria si se acredita la concurrencia de un vicio de la voluntad -art. 673 del CC-.

27. No queda incluido en ese régimen la pareja de hecho de la persona con discapacidad que desempeñe el papel de curador representativo o cuidador del causante. Decisión legislativa sometida a crítica fundada pues, aun cuando la pareja de hecho carece de derechos legales en la sucesión intestada del Código civil, desde la reforma del 2015 se le ha atribuido un estatus asimilado al cónyuge en cuanto al tratamiento de las causas de indignidad -art. 756, 1 y 2 del CC-. El Estado tampoco queda excluido de esa incapacidad para heredar, aun cuando sea llamado a la sucesión legal, puesto que en sentido estricto el art. 753, párr. 4^o del CC libera de la prohibición a quien sea pariente del testador⁴².

28. Junto a las expuestas, la LAPD ha introducido un nuevo elenco de incapacidades relativas en el párrafo 2^o del art. 753 del CC. Estas se suman a las históricamente previstas en los arts. 752 y 754 del CC, en atención a la posible captación de voluntad, del sacerdote que hubiera confesado al testador en su última enfermedad, del Notario y sus parientes, y de los testigos que intervinieron en la declaración testamentaria.

Dispone el nuevo tenor del art. 753, párr. 2^o del CC que: “*Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos*”.

Las incapacidades relativas descritas se presentan como una garantía para la libertad dispositiva del causante a fin de que su declaración de voluntad esté libre de la “influencia indebida” o captación de voluntad⁴³. Esta es una respuesta automática y objetiva a la situación de dependencia de la persona como interno de un establecimiento de salud o asistencial, más allá de que objetivamente se encuentre en una posición de sujeción y vulnerabilidad, lo cual parece contradictorio con el espíritu del art. 12 de la CDPD y la declaración de su plena capacidad. El legislador presume la captación de voluntad o influencia indebida “*iuris et de iure*” aunque, en aras del respeto a la voluntad del testador y acomodo con la Convención, tal presunción tendría que estar configurada legalmente como “*iuris tantum*”. El valor que confieran los tribunales a la prueba sobre la libre decisión del testador, en cuanto a las disposiciones que éste realice en este contexto vedado por el legislador, puede llevar a que en la práctica se modalice tal previsión aplicando los principios de la Convención⁴⁴.

Desde la perspectiva del testador, el art. 753, párr. 2^o del CC fija una limitación a su capacidad dispositiva que, en cuanto restrictiva de su libertad, ha de ser interpretada en sus propios términos, lo que implica que deban darse acumulativamente dos presupuestos. De un lado, que el testador se encuentre internado en un centro público o privado -residencia asistencial, geriátrico, establecimiento sanitario, etc.-; y, de otro, que el motivo del internamiento sea por “salud o asistencia”. Por tanto, no parece que puedan presumirse inválidas las disposiciones otorgadas por la persona a favor de los centros o sus titulares o trabajadores antes del ingreso en el establecimiento, ni tampoco las que concluya una vez haya abandonado el mismo. El hecho de entrar a residir o haber estado ingresado no son datos que por sí tengan que ser estimados como anuladores de la capacidad decisoria si no van acompañados de otras

⁴² N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, cit., p. 1004.

⁴³ L. PÉREZ GALLARDO, “El testador vulnerable y las influencias indebidas”, cit., pp. 570 y ss.; M.P. REPRESA POLO, “Treinta y cinco”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUI-LARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 918 y 919; M.P. REPRESA POLO, “La prohibición”, cit., pp. 71 y ss.

⁴⁴ En este tema no parece haber reparado el legislador en la situación, en muchos casos común, de que el testador prefiera disponer de sus bienes a favor de quienes le han cuidado y atendido antes que a los parientes que no se han preocupado de él, ni tenido contacto asiduo.

pruebas que acrediten la carencia de una correcta formación de la voluntad. Tampoco me parece que han de quedar afectadas por esa presunción de captación de voluntad y, consecuente invalidez, las disposiciones que se efectúen por quien se encuentre residiendo a voluntad propia por motivos ajenos a la “salud o asistencia”. En la situación de quien conserva la libre movilidad y autonomía para residir, siendo independiente y no requiriendo una “asistencia” especializada -por ejemplo, en un régimen de coliving o apartamento tutelado-, no hay justificación suficiente para que el libre ejercicio de su capacidad dispositiva “mortis causa” quede limitado, y sea de aplicación el régimen restrictivo del art. 753.2 del CC.

En realidad, puede pensarse que habría sido más acorde con el espíritu de la Convención no disponer de un régimen, como el fijado, que si se interpreta como presunción “iuris el iure”, cabe que deje sin efecto la verdadera voluntad del causante y que, en otro caso, dificulta su efectividad. Al legislador le hubiera bastado con aplicar las precauciones que se disponen en el art. 753, párr. 3º del CC para la validez de las disposiciones a favor de las personas físicas que han prestado al testador “servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga”; esto es, la necesidad de que aquellas se efectúen en testamento notarial abierto. La garantía de la intervención notarial de que la voluntad testamentaria no se halla mediatizada, y es querida por el disponente, no sólo se ajusta a los principios generales que pretende imponer la LAPD, sino también al papel que ésta ha atribuido a ese profesional como árbitro y apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

2.2. El disímil tratamiento de los actos de liberalidad

29. El régimen descrito sobre la disposición “mortis causa” contrasta notablemente con la regulación que la LAPD ha realizado, en determinados aspectos, sobre la capacidad de la persona con discapacidad para disponer “inter vivos” a título de liberalidad.

Así, partiendo de la plena capacidad dispositiva de los bienes que son propios, y que se predica de toda persona mayor de edad, se prevén en el art. 251 del CC, de manera objetiva, las restricciones al ejercicio de esa capacidad jurídica⁴⁵. En el caso de las liberalidades ordenadas por la persona con discapacidad, se establece la prohibición “a quien desempeñe alguna medida de apoyo” de “recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor” -art. 251.1 CC-. Como en la regulación precedente, desde que se inicia la función de apoyo hasta que se extingue con la aprobación definitiva de la gestión, se pretende conjurar el abuso de influencia o captación de la voluntad de la persona con discapacidad por quienes deben prestarle apoyo.

Esta regla se aplica a toda persona que auxilie a la persona con discapacidad, y no sólo a quien sea curador representativo, como dispone el art. 753 del CC para las disposiciones “mortis causa”; contradicciones del sistema que han sido criticadas doctrinalmente por cuanto las posibilidades de captación de la voluntad de la persona con discapacidad se pueden producir en ambos escenarios⁴⁶. Cuando el disponente con discapacidad haya previsto medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de su capacidad jurídica, su carácter voluntario le permitirá liberar a los destinatarios de las liberalidades de las restricciones que marca el art. 251 del CC, siempre que lo establezca de manera expresa en el documento en el que instituyó esos apoyos voluntarios -art. 251, in fine CC-.

30. Por otra parte, la LAPD ha prohibido que los apoyos puedan dispensarse por quienes “en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”-art. 250 in fine⁴⁷-. Por tanto, estos centros o personas no se hallan materialmente incursos en las restricciones impuestas por el art. 251 del CC para recibir liberalidades

⁴⁵ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 251”, Comentarios al Código civil, coord. R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO R., Thomson-Reuters, 2021, pp. 475 y 476.

⁴⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Artículo 251”, Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 554 y ss.

⁴⁷ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 251”, cit., pp. 472, 473 y 474.

“inter vivos” de quien acojan o asistan, aunque sí lo estén “mortis causa” conforme al art. 753 del CC⁴⁸.

La incoherencia del sistema resulta palpable, aunque se piense que en los actos de liberalidad “inter vivos” o bien el disponente tiene capacidad y hay que estar a lo que desee, o quien asista a aquél tendrá que ocuparse de esos lances y otorgar el apoyo correspondiente. Ciertamente, si media una curatela representativa, el art. 287.3 del CC⁴⁹ requiere para la validez de ese acto de la autorización judicial, salvo que las liberalidades “tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”. Pero, tratándose del resto de medidas de apoyo, nada se indica ni prevé en la LAPD.

31. La perplejidad resulta mayor cuando se comprueba que se ha dispuesto un régimen estricto en el art. 753, párr. 2º del CC, por la hipotética captación o influencia indebida del testador, cuando los únicos beneficiados son los causahabientes, mientras que se omite la cuestión para los actos de liberalidad “inter vivos” -donaciones- que inciden directa y personalmente en el patrimonio de la persona con discapacidad, con necesidades vitales presentes y efectivas. En tal caso, la hipotética aplicación analógica del art. 753 del CC⁵⁰ no dejará de chocar con el axioma del libre ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones al resto que postula el art. 12 de la Convención, y la interdicción de la extensión normativa de la restricción en el ejercicio de los derechos.

Como posible solución, si se trata de bienes recibidos por causa liberal, cabe pensar en que se tenga en cuenta esta eventualidad, y se incluya por quien disponga *de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo*, un régimen de control y administración del patrimonio estableciendo *las reglas de administración y disposición de aquellos*, con designación de “*la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades*”, además de “*los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas*”; aspectos que expresamente contempla el actual art. 252 del CC, pero que siempre ha sido posible instaurar conforme a las reglas generales de ese negocio jurídico.

2.3. La innecesaria extensión de esas reglas a Navarra y otras modificaciones necesarias

32. Por lo que se refiere a Navarra, la vigente normativa ofrece una respuesta completa que encaja sin contradicciones con el espíritu de la CDPD y el sistema de tutela y curatela fijado por la LAPD, que son fruto de la reforma de 2019 del Fuero Nuevo en la que se procedió a fijar previsiones específicas sobre las reglas de capacidad para adquirir -leyes 152⁵¹ y 153 FN- y se eliminó las remisiones que se efectuaban a la normativa del Código civil.

Así, la ley 152 de FN, que regula “la capacidad para adquirir”, partiendo del principio de libertad dispositiva que preside el ordenamiento civil navarro, prevé las incapacidades relativas de adquisición de las disposiciones a “título lucrativo” efectuadas tanto “inter-vivos” como “mortis causa”.

En su número 1, la ley 152 del FN somete a esa prohibición legal a aquellas “*personas que hayan intervenido para la formalización del acto*” dispositivo. Los amplios términos de la norma implican que to-

⁴⁸ N. ÁLVAREZ LATA, “Artículo 753”, cit., pp. 1003 y 1004.

⁴⁹ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículos 287, 288, 289 y 290”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 807 y ss., entiende aplicable esta previsión para el supuesto en el que la persona no puede expresar su voluntad, deseos y preferencias, pero se llega a la conclusión de que éste desea tal disposición aplicando el canon de su trayectoria vital y con prospectiva de la voluntad del representado.

⁵⁰ Cf. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, M. Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 125 y ss., quien plantea que las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición de la autocontratación, del abuso y del fraude, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, “porque a mayor alcance de la prohibición, mayor autonomía se reconocerá en favor de las personas con discapacidad”.

⁵¹ A. PANIZA FULLANA, “Ley 152”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 667 y 668.

dos los sujetos que intervengan en la formalización de un acto de esta índole -fedatarios, testigos, etc.- queden incurso en tal situación, en aras de evitar la captación o manipulación de la voluntad del disponente.

En el número 2 de la ley 152 del FN, se restringe esa posibilidad de recepción de bienes a “*los tutores o curadores respecto a las personas sometidas a su tutela o curatela antes de la extinción de sus cargos o de ser aprobadas definitivamente las cuentas, salvo que sean descendientes, cónyuge o pareja, ascendientes o hermanos del disponente*”. Estas previsiones, fruto de la reforma de Ley Foral 21/2019, 4 de abril, aplicadas en su literalidad suponen en el nuevo contexto que la prohibición de recepción de liberalidades “*inter vivos y mortis causa*” se aplicará a todo “curador”, ya sea representativo o asistencial. No hay una fragmentación del sistema, como acontece en el régimen del Código civil que limita esa prohibición legal al “curador representativo” para las disposiciones testamentarias en el art. 753, párr. 1º del CC, mientras que la aplica a todo curador en las donaciones “*inter vivos*” -art. 251.1 CC-. Desde esta perspectiva, la disciplina navarra no sólo resulta más armónica sino también más coherente con el espíritu que fundamenta esas prohibiciones.

En esta misma línea, la inclusión en el elenco de excepciones de la pareja de la persona con discapacidad, habiendo sido designada “curador” -asistencial o representativo-, supone una mejora indudable del régimen, que se ajusta certeramente al sentir social y a su estatus familiar, al que no se anudan derechos sucesorios legales aunque sí los que se le atribuyan voluntariamente -ley 113 del FN-.

33. A esta regulación se une la contenida en la ley 153 del FN que, con el “ladillo” “requisitos para adquirir en casos especiales”, regula el régimen de las disposiciones realizadas a quienes prestan servicios asistenciales o residenciales. La norma persigue proteger al disponente con un planteamiento más acorde al espíritu de la CDPD y el reconocimiento a toda persona de la plena igualdad en el ejercicio su capacidad jurídica⁵².

Esta ley 153 del FN, que encontró su inspiración en las previsiones acogidas sobre la inhabilidad sucesoria del art. 412,5.2 del CCCa⁵³, dispone que: «*Las personas físicas o jurídicas, y los dependientes de las mismas, que presten al disponente, o le hayan prestado, servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual solo pueden adquirir a título lucrativo “inter vivos” o “mortis causa” de aquel si la disposición es ordenada en documento otorgado bajo la fe pública notarial*». Se ofrece de esta manera una respuesta coherente y más acabada a una cuestión que no se limita a los actos de disposición “*mortis causa*”, según plantea el art. 753, párr. 2º del CC, sino a todo acto de liberalidad, la posible captación de voluntad o influencia indebida por quienes contractualmente han prestado o presten al disponente en situación de vulnerabilidad servicios de atención, cuidado o asistencia.

34. La respuesta legislativa del Fuero Nuevo, concurriendo esas circunstancias, no lleva aparejada una restricción de la facultad dispositiva. La norma foral no estima por sí que quien contractualmente presta atención y servicios al disponente se encuentre sujeto a una prohibición legal de recibir otra cosa que no sean regalos de mera cortesía y, por tanto, que la atribución que se realice sea inválida. Permite que el disponente, si esa es su efectiva voluntad, pueda instituir a aquellos como herederos, legatarios, donatarios, etc. en el ejercicio de su capacidad jurídica, como el resto de las personas, siempre que las instituciones se recojan “*en documento otorgado bajo la fe pública notarial*”. Esta exigencia “*ad solemnitatem*” es la que garantiza la libre conformación de la voluntad, de ahí que su incumplimiento determine la nulidad de la disposición realizada⁵⁴. Estas atribuciones efectuadas quedarán amparadas por el juicio emitido por el Notario sobre la aptitud del disponente y su voluntad. Su impugnación por los posibles causahabientes legales, a través de la acción de la anulabilidad de la ley 21 del FN, por un

⁵² A. PANIZA FULLANA, A., “Ley 152”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 667 y 668.

⁵³ Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”.

⁵⁴ Cf. A. PANIZA FULLANA, “Ley 153”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. F. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 669 y 670.

hipotético abuso de influencia o influencia indebida, se enfrentará al valor que confieren los Tribunales al juicio notarial sobre capacidad y libertad volitiva del atribuyente en un tiempo y espacio concreto, que es algo más que una mera presunción destruible cuando interviene ese profesional⁵⁵.

35. La fórmula que ofrece el Fuero Nuevo parece acertada. Conjuga las precauciones lógicas sobre quien se encuentra en una posición vulnerable con el reconocimiento del libre ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que cabe pensar que en este tema el régimen civil navarro no sólo no precisa ajuste sino que sus previsiones tienen un mejor acomodo con el art. 12 de la CDPD.

36. Sin embargo, hay otras normas relativas al régimen sucesorio y de las liberalidades que sí requieren la intervención del legislador foral por cuanto la efectividad de sus disposiciones se condiciona al anterior sistema de la “capacidad modificada”.

Este es el caso, dentro del elenco de las causas específicas de incapacidad para heredar por indignidad que acoge la ley 154 del FN, de la concreta situación que se plantea en su número 7, que sanciona con ese efecto al que “*por resolución judicial firme haya sido ... removido del ejercicio de la tutela, curatela, acogimiento familiar o guarda del causante menor o con capacidad modificada judicialmente, por causa que le sea imputable*”. El sentido de esa indignidad se conecta con la sanción civil que se anuda al incumplimiento grave de los deberes que competen a los titulares de esos cargos y que determinan que, por decisión judicial, sean removidos ante la desatención o infracción grave de sus obligaciones.

37. Este planteamiento, que resultaba claro y acomodado al sistema anterior de protección y guarda de menores y mayores de edad, se formula de una manera confusa en la propuesta de reforma del APLFAPD.

En el nuevo tenor que se postula para el número 7 de la ley 154 del FN, será indigno para adquirir: “*El que, por resolución judicial firme, haya sido removido de la curatela o se haya decidido la extinción de la provisión de apoyos, a la persona causante con medidas de apoyos establecidas para el ejercicio de su capacidad jurídica, por causa que le sea imputable*”.

Como se puede observar, la referencia que se realiza a la remoción se vincula a la “curatela”, lo cual hace que sea incompleta la previsión si se pretendiera aplicar a las medidas formales de apoyo. Incurridos legalmente en la “remoción del cargo” por decisión judicial están el curador -art. 278 del CC- y el defensor judicial -art. 296 del CC-, por lo que la intelección de esa ley 154.7 del FN en sus propios términos implicaría, en puridad, que esa causa de indignidad fuera de aplicación sólo al primer supuesto referido.

La norma alude también, en el ánimo de extender esa incapacidad al guardador de hecho, a la persona sobre la que “*se haya decidido la extinción de apoyos*”, formula imprecisa que generará problemas de interpretación, aunque se esté pensado en la aplicación del supuesto 4º del art. 267 del CC por decisión judicial que la decreta dada la existencia de un mal comportamiento por parte del guardador de hecho respecto de la persona con discapacidad, la que se quiere indicar a través de la expresión “*por causa que le sea imputable*”; aunque su literalidad vaya más allá. El tenor previsto no deja de resultar perturbador y, de prosperar, puede augurarse como una fuente segura de conflictos ante los tribunales.

De un lado, la norma no aquilata quién debe adoptar esa decisión, hallándose previsto en el art. 267⁵⁶ del CC que la extinción de la guarda de hecho pueda provenir tanto por la decisión de la persona

⁵⁵ En este sentido resulta significativa la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela, n.º 3, n.º 145/2020, de 9 de diciembre 2020, en la que frente a la alegación de abuso de influencia e impugnación del testamento de hermandad otorgado ante Notario, que cuestionaba la capacidad de los testadores, se valora la insuficiencia de pruebas para destruir la presunción de capacidad testamentaria de los disponentes.

⁵⁶ La guarda de hecho se extingue:

- 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
- 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
- 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

apoyada, como por quien presta el apoyo, como por un tercero que muestre su voluntad de ser guardador o por el Ministerio Fiscal interesándola a la autoridad judicial quien la acordará por considerarlo conveniente, lo cual no implica que el motivo de ello sea un acto censurable o reprochable, sino meramente conveniente.

De otro, no se puede desconocer que la guarda de hecho es una “medida informal”. En el plano jurídico el guardador de hecho constituye una figura fáctica, espontánea y voluntaria. El guardador de hecho no se encuentra vinculado con obligaciones legales previas respecto de la persona que apoya y, por mucho que se indique que la “guarda de hecho” es la figura central del nuevo sistema, su posición jurídica cuando comienza su actuación, pues con anterioridad nada le es exigible, no va más allá de la del “gestor de negocios ajenos” -ley 560 FN-, lo que implica legalmente que sólo pueda requerírsele “terminar la gestión comenzada y rendir cuentas de la misma”. No es un cargo obligatorio, sujeto al régimen de excusas -art. 279 del CC-, ni tienen las obligaciones legales que se imponen al curador, y por extensión al defensor judicial -arts. 282 y ss. del CC-, cuyo incumplimiento conlleva la “remoción” de un cargo para el que fue previamente nombrado. No cabe tampoco atribuirle más responsabilidad que la que se deriva de su situación como gestor oficioso. Esta es la razón de que la incapacidad para heredar sólo se establezca en el Código civil en cuanto a la curatela y en tanto haya existido la “remoción” en su ejercicio respecto de “una persona con discapacidad por causa que le sea imputable” -art. 756.2, párr. 3º CC-, teniendo en cuenta que la incapacidad para heredar supone una sanción civil.

38. El otro aspecto normativo que requiere de reformulación incide en la previsión de la ley 151.2, in fine del FN, atinente a las disposiciones a título de liberalidad. Esta ley, en la que se desarrolla uno de los “principios fundamentales” del régimen navarro sobre “donaciones y sucesiones”, fija las reglas generales para el caso de que en “cualquier acto de liberalidad”, por tanto “inter vivos” o “mortis causa”, se faculte a “una persona para disponer en caso de necesidad”.

En defecto de una voluntad explícita del disponente, las reglas supletorias que resultan de aplicación son, de un lado, que la apreciación de esa necesidad quede al libre arbitrio de quien haya sido designado disponente de ese bien, que se piensa en general para el supuesto del usufructo voluntario, pero también para la sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo⁵⁷; y, de otro, que en caso de que se imponga en el título de constitución la autorización por una o varias personas para tal disposición, la exigencia devenga ineficaz si éstas “hubieren fallecido, renunciado o se hubiere modificado judicialmente su capacidad con afectación a tal facultad, a no ser que las personas a quienes corresponda prestar el consentimiento hubieren sido determinadas en razón del cargo o función que ocupen”.

La adecuación normativa en ese supuesto tendrá que pasar por la eliminación de la referencia a la capacidad del autorizante que hubiera sufrido su modificación judicial. El mantenimiento del sentido último de norma implicará que no resulte precisa aquella autorización en el caso de que el autorizante careciera de capacidad de hecho para el ejercicio de tal función. Desde esta perspectiva, la referencia a la discapacidad del autorizante que se adopte en la norma parece que tendría que estar referida al supuesto en el que la persona se encuentre en la situación de mayor intensidad de apoyo; esto es, cuando dependa para el ejercicio de su capacidad jurídica de un curador representativo.

Este es el criterio que se ha propuesto por el APLFPD en la reescritura de la ley 151.2 del FN que, en cuanto a aquella circunstancia de disposición en caso de necesidad, señala que “si se facultare para disponer solo con la autorización de persona o personas físicas determinadas, esta limitación quedará sin efecto si aquellas personas hubieren fallecido, renunciado o se hubiere establecido *curatela representativa para el ejercicio de su capacidad jurídica* con afectación a tal facultad, a no ser que las personas a quienes corresponda prestar el consentimiento hubieren sido determinadas en razón del cargo o función que ocupen”.

Con todo, esa regla plantea todo el elenco de incertidumbres e inseguridades que arrostra el nuevo sistema de apoyos. Aunque el sujeto autorizante esté sometido a una curatela representativa, ya que el ejercicio de la facultad de autorización descrita en la ley 151 in fine del FN no parece que permita la ac-

⁵⁷ A. PANIZA FULLANA, “Ley 151”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, pp. 663 y ss.

tuación por representante -salvo disposición expresa del instituyente-, nos encontraremos con que habrá de valorarse en cada momento si el autorizante posee capacidad suficiente para el ejercicio de esa facultad. La presunción de plena capacidad del autorizante implicará que, en el caso de que éste niegue la autorización, existiendo indicios de su falta de discernimiento, se tenga que acudir a los tribunales para obtener esa.

3. Eliminación de la sustitución ejemplar: triunfo de la interpretación estricta consagrada en el Fuero Nuevo

39. En este cambio de paradigma que ha supuesto la reforma de la sustitución de protección del colectivo vulnerable por el modelo de su autonomía de la voluntad y libertad para la toma de decisiones, se ha considerado por el legislador estatal que debía suprimirse la figura de la sustitución ejemplar⁵⁸.

Esta figura histórica, que arranca del Derecho Romano, tras diversos vaivenes en su tramitación parlamentaria⁵⁹, ha sido finalmente eliminada con el argumento de que la sustitución ejemplar implica testar por otro y ello cercena la plena autonomía de la persona con discapacidad en su capacidad dispositiva “mortis causa”. Ello, se dice, resulta contrario a la CDPD, a pesar de que voces autorizadas⁶⁰ han puesto de relieve la lectura rígida y dogmática que para ello se ha realizado del art. 12 de la CDPD, haciendo además notar el desconocimiento que evidencia el legislador de la realidad. Pues, como se ha manifestado por los autores, hay personas que desde su nacimiento tienen una situación de discapacidad intelectual intensa que les va a impedir otorgar testamento y, con la supresión de la sustitución ejemplar, a quienes se va a beneficiar son a sus herederos intestados, por muy mal que se hayan portado con ellas⁶¹.

40. La célebre frase de Julius Hermann von Kirchmann, bastan “sólo tres palabras del legislador para destruir bibliotecas enteras”, resulta plenamente aplicable a lo que ha sucedido con el art. 776 del CC. No en vano la sustitución ejemplar ha sido una de la figuras sobre las que la doctrina ha debatido durante décadas, pues la escueta regulación que acogía el Código civil planteaba múltiples incógnitas, facultando interpretaciones antagónicas sobre su contenido y significado.

41. El legislador de 2021 ha partido del apriorismo que la regulación contenida en el Código civil se identifica con una de las concepciones que se postularon doctrinalmente sobre la sustitución ejemplar, la tesis tradicional o amplia, que entendía esta figura ligada a sus orígenes históricos. Desde este punto de vista, la figura se explicaba como una suerte de testamento por comisario o representante legal, que permitía que el testador, ascendiente, pudiera regular la sucesión de su descendiente “incapacitado”, para el caso de que éste no pudiera testar⁶². Se suplía la falta de testamentifacción activa del

⁵⁸ Cf. J.P. APARICIO VAQUERO, “Artículo 776. Supresión del precepto”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ, Civitas Thomson-Reuters, 2022, pp. 550 y ss.

⁵⁹ En el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad se planteó la derogación del art. 776 del CC. El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno corrigió esta decisión, ofreciendo una regulación adaptada a la Convención de Nueva York. Finalmente, el art. 776 del CC se ha suprimido por las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Unidas Podemos (n^{os} 173 y 202) con el argumento que “la figura de la sustitución ejemplar supone testar por otro, lo que no es conforme con la Convención”; incluyéndose en el Senado, mediante la enmienda n^o 237 del Grupo Socialista, su improvisado régimen transitorio en la disposición transitoria 4^a.

⁶⁰ Cfr. C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN CALERO, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 928 y ss.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO, Bosch-Wolters Kluwer, 2021, pp. 670 y ss.; N. ÁLVAREZ LATA, “Art. 776”, *Comentarios al Código civil*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Reuters Aranzadi, 5^a ed., 2021, pp. 1032 y 1033; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio”, *El nuevo derecho de las capacidades*, dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, y E. TORAL LARA, La Ley-Wolters Kluwer, 2022, pp. 441 y ss.

⁶¹ I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*, Francis Lefevre, Madrid, 2021, n^o 1702, p. 177.

⁶² Cf. M. ALBALADEJO GARCÍA, “Artículos 775 y 776”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T. I, 1991, pp. 1902 y ss.

“incapacitado”, que en otro caso abocaba a que sus bienes fueran repartidos conforme a la sucesión intestada, potenciando el interés y dedicación de los sustitutos ejemplares por la atención y cuidado del sustituido en situación de discapacidad.

Cabe recordar que frente a este planteamiento se vino propugnando una interpretación estricta⁶³, en atención al carácter personalísimo de la testamentifacción postulada en el Código civil -art. 670 CC- y la desaparición del contexto histórico en el que aquella surgió, con una patria potestad entendida como poder absoluto. La sustitución ejemplar, bajo esta óptica, sería una modalidad de sustitución de tipo fideicomisario, de carácter preventivo, en la que los bienes sobre los que se ordena la sucesión serán los dejados por el propio testador, causante sustituyente, y no todos los que integran el patrimonio de la persona sustituida “incapacitada”.

La valoración del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de esta figura no fue lineal. Así, mientras en sus sentencias de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre 1915 y 10 de diciembre de 1929 se decantó por la tesis tradicional, posteriormente en la STS de 20 de marzo de 1967 asumió el planteamiento restrictivo que la identificaba con una sustitución fideicomisaria condicional. Regresando finalmente a la postura clásica o tradicional en sus sentencias de 20 de mayo de 1972, 21 de mayo de 1992, 26 de mayo de 1997, 18 de julio de 1998, 7 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7257) y 14 de abril 2011 (RJ 2011/2753).

42. La utilidad advertida de este instrumento sucesorio ha llevado durante décadas a que se postulara el desarrollo de su regulación en el Código civil⁶⁴, realzando la bondad y oportunidad que ofrecía para atender las necesidades de las personas con discapacidad conformes con el espíritu de la CDPD⁶⁵. Este planteamiento, que fue inicialmente acogido en el Proyecto de la LAPD⁶⁶, ha sido el que al final se ha desechado en la tramitación parlamentaria de la Ley⁶⁷.

43. La derogación del art. 776 del CC por Ley 8/2021 ha supuesto el cierre de un ciclo. La solución que ofrece el CC para el supuesto de que el ascendiente se preocupe por el futuro sucesorio de su descendiente con discapacidad queda limitada, más allá de la constitución de los patrimonios protegidos o la institución conforme al art. 808 del CC, a los bienes que aquel le pueda dejar a éste. Pasa por el

⁶³ Cf. J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, Ed. Bosch, 5^a ed., 1993, pp. 316 y ss.; V. MONTÉS PENADES, *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 184.

⁶⁴ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, 2018; “Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas”, *RJN*, n.º 111, jul-dic, 2020, pp. 256-259; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “La sustitución ejemplar en el Código Civil español. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad”, *En un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Argentina, 2021, pp. 441 y 442, n. 16; I. VIVAS TESÓN, “El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad”, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, coords. S. DE SALAS, S. MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO, Tirant lo Blanch, 2019, p. 431.

⁶⁵ En este sentido DE C. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar*, cit., pp. 196 y ss. proponía, entre otros aspectos para el desarrollo ajustado a la CDPD, la exigencia de que el sustituto prestara al sustituido toda la ayuda y atención debida para recibir la herencia, así como que la institución se reservara para las personas que precisaran medidas de protección muy extensas.

⁶⁶ 1. El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a curatela representativa. Si bien la sustitución será ineficaz, si el descendiente ha otorgado testamento válido antes o después de dictarse las medidas de apoyo o si éstas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.

2. El ascendiente deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del sustituido.

3. La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.

4. En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido, de grado más próximo. Si son del mismo grado, se atenderá a las disposiciones de todos, si son compatibles. Si no lo son, prevalecerá la de cada 1 en lo que hubiera dejado al descendiente y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente.

⁶⁷ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete”, cit., pp. 928 y ss.; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, cit., pp. 679 y ss.; I. VIVAS TESÓN, “El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad”, cit., p. 431; P.I. BOTELLO HERMOSO, “La sustitución ejemplar y su incomprensible supresión en el Anteproyecto de Ley de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de capacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, dir. E. MUÑIZ ESPADA, Wolters kluwer, España, Las Rozas. Madrid, 2020, pp. 397 y ss.

ejercicio de las facultades sucesorias que, según la interpretación estricta realizada por la doctrina sobre la sustitución ejemplar, ya tenía el ascendiente. El ascendiente de una persona con discapacidad, que así lo desee, puede realizar una sustitución fideicomisaria preventiva en la que le atribuya su patrimonio, ordenando su destino para el caso de que su descendiente no pueda disponer de los bienes.

Desde este punto de vista, cabría pensar que el legislador lo único que ha hecho es erradicar la utilización del “nomen iuris” de la “sustitución ejemplar” para diluir la institución en la general de las sustituciones fideicomisarias. Ha derogado la interpretación maximalista que de esta institución postuló un sector de la doctrina y que tuvo la fortuna de ser asumida por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero la eliminación del art. 776 CC no va a conllevar que no pueda plantearse una sustitución, que nominalmente no se llamará ejemplar, pero que tendrá el efecto que se venía postulando de ésta por los autores de la tesis estricta. Se ha borrado el nombre, pero no la posibilidad de una previsión que estará diluida en el marco general de la sustitución fideicomisaria preventiva.

44. El régimen articulado en la disposición transitoria cuarta, criticado por la falta de coherencia y sus carencias, avalaría en parte esta conclusión.

En relación con este precepto, del que se ha censurado tanto su ámbito de aplicación, “*cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil*” y “*la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”, como la conversión a la que se somete la sustitución ejemplar en “*una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida*”, cabe poner de relieve la defectuosa técnica legislativa utilizada en la definición de la secuencia temporal de su aplicación, como de su contenido.

En cuanto a la primera, se objeta que esta disposición transitoria cuarta fije su aplicación teniendo en cuenta únicamente que el sustituido (persona con capacidad de obrar modificada) ha fallecido, y prescindida del óbito del sustituyente, cuando la mecánica de la sustitución ejemplar implica que primero debe haber fallecido el testador y después el sustituido. De ahí que la reconversión que impone la norma, que hace transitar la sustitución ejemplar a sustitución fideicomisaria de residuo, se estime que, además de dotar de carácter retroactivo a la disposición, es contraria a la libertad dispositiva del sustituyente alterando su voluntad en un momento en el que no puede volver a manifestarla⁶⁸.

Por lo que se refiere a la segunda, la mutación que se ha efectuado en “fideicomiso de residuo de los bienes recibidos a título gratuito”, parece reprochable que subvierta varias categorías jurídicas⁶⁹. El tenor del precepto incluye como objeto del “fideicomiso de residuo” a todas las liberalidades, lo que implica que se considere como contenido de éstas las donaciones realizadas en vida por el causante al discapaz, sujetas a reversión pero no propiamente parte de la herencia del primero, puesto que la sustitución fideicomisaria se refiere a los bienes atribuidos por testamento. Olvida además que la sustitución ejemplar no limita las facultades dispositivas de la persona con discapacidad que recobra la capacidad natural, por lo que lo pretendido por el legislador en la disposición transitoria tendría que haberse articulado como una sustitución preventiva de residuo y no como una sustitución fideicomisaria de residuo.

El resultado de este régimen es que lo dejado por el sustituyente al sustituido a “título gratuito” seguirá el orden previsto por el primero. El patrimonio del discapaz “sustituido” que no haya otorgado testamento se deferirá por las reglas de la sucesión intestada.

45. La visión en este tema del legislador estatal no deja de resultar paradójica y contradictoria. Se elimina la sustitución ejemplar, invocando el art. 12 de la CDPD, afirmándose que esa figura va en contra del principio de la no restricción de capacidad de la persona con discapacidad. Y, sin embargo, se mantiene la “sustitución pupilar” -art. 775 del CC-, sin cuestionar que contravenga la autonomía de la voluntad del menor de edad, ni que hurte su capacidad jurídica, aunque se justifique en el “interés superior del menor”.

⁶⁸ C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Treinta y siete. Se suprime el artículo 776”, cit., pp. 932 y 933.

⁶⁹ M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar”, cit., pp. 632 y ss.

Con todo, en ninguno de esos supuestos podría estimarse que existe aquella conculcación, ni sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, si se asumiera que este tipo de sustituciones son una variedad de las sustituciones fideicomisarias preventivas.

46. En el caso de Navarra, la ley 227 del FN regula la sustitución pupilar y ejemplar con unos perfiles propios, que las diferencian de la configuración que la evolución doctrinal y asunción jurisprudencial han dado a esas figuras en el régimen del Código civil.

En el Fuero Nuevo la sustitución ejemplar, al igual que la pupilar, constituye una sustitución fideicomisaria condicional. Siendo precisamente ésta la razón de que haya sido regulada dentro del régimen foral. A este respecto resultan expresivas las explicaciones recogidas en las notas a la Recopilación Privada para justificar la tipificación y contenido de la citada ley 227:

“Se planteó la cuestión de la conveniencia de suprimir las sustituciones pupilar y ejemplar, llegándose a la decisión de considerarlas como supuesto de sustitución fideicomisaria, pues así aparecen hoy en día. Ni la sustitución pupilar ni la ejemplar se dan hoy en Derecho navarro en su forma pura; los padres y los ascendientes no disponen de todos los bienes del pupilo o demente, sino tan solo de los que estos adquirieron de aquéllos por título lucrativo. Por otra parte, esta ley resuelve que las sustituciones puedan ser ordenadas en cualquier acto de liberalidad, atendida la libertad dispositiva del Derecho Navarro, ya que en él las sustituciones no suponen necesariamente estar dispuestas tan sólo para la herencia; por citar un ejemplo, caben sustituciones en los legados”.

Los términos de la ley 227 del FN resultan, a este respecto, en sí mismos inequívocos:

“Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años o de que, habiendo sido modificada judicialmente su capacidad, la misma no le haya permitido otorgar testamento válido”.

Como ha puesto de manifiesto NANCLARES VALLE⁷⁰, en su comentario a esta ley 227, afirmar que son sustituciones fideicomisarias las que establece una persona en los bienes que él deja a otra para el caso de que se cumpla un determinado evento (como el fallecimiento del sustituido antes de una cierta edad o teniendo la capacidad judicialmente modificada) no deja de ser una obviedad. Por ello, el verdadero valor de este precepto consiste en fijar distancia con el régimen del Código civil y los precedentes romanos de estas figuras.

En el régimen foral resulta incuestionable que la sustitución ejemplar comprenderá sólo los bienes que el disponente hubiera dejado a su descendiente con discapacidad, sin extenderse al patrimonio de éste, ya que aquel carece de la facultad de disposición del mismo. Participa, por tanto, de la naturaleza de toda sustitución fideicomisaria, siéndole de aplicación el régimen general de ésta figura. La efectividad de la sustitución fideicomisaria se condiciona en estos casos, como recuerda NANCLARES VALLE⁷¹, a que el descendiente “con capacidad modificada judicialmente” no pueda disponer por vía testamentaria al carecer de aptitud suficiente para ello. De forma tal que si éste otorga testamento, por contar con capacidad o bien recuperarla para actuar jurídicamente en tal sentido, se verá liberado de la sustitución ejemplar. El objetivo del ascendiente es beneficiar a su descendiente, a la vez que evitar que los bienes que le atribuyó se distribuyan conforme a la sucesión legal por haber muerto el descendiente sin disponer de ellos.

47. La configuración de la “sustitución ejemplar” como sustitución fideicomisaria hace que, en el ámbito foral, no resulte aplicable la justificación ofrecida por los diputados de la nación para eliminar esta figura. En el ordenamiento foral la sustitución ejemplar no supone que “se teste por otro”, siendo esta la razón principal de que se recogiera normativa esta institución en la ley 227 del FN. El ascendiente, cuando configura una “sustitución ejemplar”, ordena el destino de sus propios bienes conforme

⁷⁰ “Ley 227”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dirs. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2^a ed., 2020, pp. 913 y 914.

⁷¹ Ob. cit., pp. 915 y 916

a la amplia libertad dispositiva que le reconoce la ley 148 del FN, tal disposición ni incide ni engloba el patrimonio que pertenece a su descendiente. En consecuencia, el argumento de que la figura de la “sustitución ejemplar” contraviene el art. 12 de la CDPD resulta inaplicable para la ley 227 del FN, pues la posibilidad de actuación del descendiente con discapacidad sobre su patrimonio no queda sustituida por el instituyente, quien se limita a ordenar sus propios bienes, si bien con la previsión condicional de que su descendiente no pueda o no cuente con capacidad para realizar un testamento válido.

En atención a lo expuesto, resulta diáfano que no hay razón alguna que justifique la supresión de la figura de la sustitución ejemplar en el Fuero Nuevo de Navarra. La institución recogida en la ley 227 del FN ni contraviene el artículo 12 de la CDPD, ni tiene que seguir los pasos marcados por la LAPD, toda vez que la competencia legislativa sobre esta materia corresponde a Navarra “ex” art. 149.1.8 de la CE. La única actuación legislativa que se requiere en este ámbito es la adaptación o reajuste de los términos de la ley 227 del FN al actual régimen de la autonomía de la voluntad de las persona con discapacidad, en cuanto a la condición prevista para la sustitución ejemplar y que activa la sustitución fideicomisaria; esto es, la eliminación de la referencia a la “capacidad modificada judicialmente”, que es a la que alude la actual norma foral. El tenor del precepto podría seguir con la misma formulación ajustando sus términos al nuevo sistema de apoyos previstos para la persona con discapacidad.

Las razones expuestas llevan a que resulte incomprensible la inicial propuesta que se ha introducido en el APLFAPD, por mimetización al régimen del Código civil, con manifiesta incorrección técnica y desconocimiento institucional, que proponía la supresión de la parte referida a la sustitución ejemplar en la redacción de la ley 227 del FN⁷² y que, ante las críticas planteadas, ha llevado finalmente a optar por la total sustitución del precepto.

Ello se plantea a pesar de que también son, y serán, sustituciones fideicomisarias, aunque lo borre la norma, las que ordene un ascendiente en los bienes que deje a su descendiente con discapacidad para el caso de que éste no pueda o no haya otorgado válidamente disposición de última voluntad. La institución ejemplar no deja de ser en Navarra una de las múltiples plasmaciones de la sustitución fideicomisaria que el disponente puede seguir ordenando, conforme a su libertad dispositiva -ley 148 FN-. Por lo que el seguidismo mostrado en este tema por el APLFAPD al régimen del Código civil no deja de ser un despropósito técnico jurídico, que desconoce la naturaleza de esta figura para el ordenamiento civil navarro.

Ciertamente, si el legislador foral persevera en este planteamiento de redacción proyectado por el Departamento de Servicios Sociales del Gobierno de Navarra, nada pasará en la práctica sucesoria navarra. Pero se habrá prescindido voluntariamente de una figura histórica, en aras de una supuesta igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, que la legislación civil foral ya respeta, empobreciendo su acervo institucional.

IV. Ajustes terminológicos que implica el nuevo régimen de discapacidad para la regulación sucesoria del Fuero Nuevo

48. La modificación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad implica también la adecuación de las reglas sobre representación y actuación en los actos en los que los herederos deben intervenir para la formación del patrimonio hereditario y su partición. En estas reglas la necesidad de representación y protección de los coherederos más vulnerables -menores y personas con discapacidad- ha estado siempre presente a fin de que los negocios dispositivos se conformen válidamente, evitando el abuso o fraude de los derechos de quienes no cuentan con una capacidad de actuación jurídica en toda su extensión.

49. Como no podría ser de otra forma, LAPD ha incidido también en estas previsiones reajustando los términos de sus normas para adecuarlas al nuevo sistema de apoyos de la persona con disca-

⁷² “Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años

pacidad. Entre otras, la nueva regulación ofrece un tenor renovado en cuanto a la solicitud de partición hereditaria por parte del coheredero que “contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad”, en cuyo caso “se estará a lo que se disponga en estas” -art. 1052-. Esta misma previsión se plantea en el caso de la petición por coherederos y legatarios del nombramiento de contador-partidor dativo en el caso de que alguno de los coherederos “tuviera dispuestas medidas de apoyo”, que se “estará a lo establecido en ellas” art. 1057 del CC. Igualmente, se ha ajustado el régimen en cuanto a la partición hereditaria, que no precisará autorización ni intervención judicial “para la partición realizada por el curador con facultades de representación”, si bien una vez “practicada requerirá autorización judicial”, así como “por defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de (...) una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento” -art. 1060 CC-.

50. El criterio seguido por la reforma de LAPD, en cuanto a la capacidad que precisa la persona con discapacidad para el ejercicio de las facultades que le pueden corresponder como heredero para instar la partición hereditaria -art. 1052 CC- o solicitar el nombramiento de contador partidor -art. 1057 CC-, parte de la base de la capacidad jurídica de la persona. Si se encontraran establecidas medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, en las que se determine que no pueda actuar por sí, aquel tendrá que ejercer aquellas asistido por quien sea su curador o haya designado como apoyo. En el supuesto de que el heredero no posea capacidad de hecho y esté atribuida por sentencia judicial esa facultad al curador representativo o defensor judicial, será éste el que actúe en sustitución de aquel. En todo caso, dicha actuación tendrá que estar inspirada en la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona a la que se presta el apoyo.

51. Para la intervención en el acto de partición, la LAPD aligera las exigencias formales en cuanto la persona con discapacidad que precise de una curatela representativa para que ejercite esa facultad, eximiendo a éste de la necesidad de solicitar la autorización previa o intervención judicial, como también prevé el art. 289 del CC. La regla se extiende al defensor judicial designado para esa intervención si así se hubiera dispuesto por el Letrado de la Administración de Justicia. La partición practicada en la que han intervenido el curador representativo o defensor judicial -salvo que se hubiera previsto otra cosa en su nombramiento- precisará de la aprobación judicial -art. 1060 CC-; esta decisión judicial tendrá que tener presente la voluntad y deseos de la persona con discapacidad. Como ha puesto de relieve APARICIO VAQUERO⁷³, el trámite de comparecencia previsto en el art. 64.1 de la LJV, en este nuevo escenario, resulta especialmente significativo. El juez, en la aprobación del acto de partición, ha de averiguar lo querido por la persona representada, atendiendo a lo que haya expresado o se desprenda de su trayectoria vital (art. 249 CC).

52. Fuera de los supuestos descritos, la partición realizada por el heredero con discapacidad que ha actuado por sí sólo, o bien ha sido asistido por un curador asistencial o guardador de hecho, no precisará de ese ulterior control judicial, a pesar de lo opinado por algún autor⁷⁴. El art. 1060 del CC no requiere para tales casos la autorización judicial, conforme a la idea del reconocimiento de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que introduce LAPD.

53. Por lo que respecta a Navarra, el Fuero Nuevo contiene varias normas sobre concreción del as hereditario y su partición cuyas reglas se modulan en función de la capacidad de los llamados. Su dictado conforme a la normativa anterior y régimen condicionado a la “capacidad de obrar modificada” de los herederos son los que demandan la adaptación, a fin de lograr una armónica conjugación con el nuevo sistema de apoyos.

⁷³ “Artículos 1052, 1057.III y IC, y 1060”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ, Civitas Thomson-Reuters, 2022, p. 610.

⁷⁴ En tal sentido M.P. REPRESA POLO, “Cuarenta y cuatro. Artículo 1052. Cuarenta y cinco. Artículo 1057. Cuarenta y seis. Artículo 1060”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 978-979.

Los preceptos implicados afectan a la obligación de realizar inventario cuando concurren menores y persona con discapacidad -leyes 257 y 342 FN-, la adjudicación de los bienes que han de efectuar los fiduciarios comisarios -ley 287 FN- y la partición contractual llevada a cabo por los coherederos - ley 345 FN-.

54. a) Realización de inventario.

Esta exigencia aparece vinculada a la identificación del contenido del patrimonio que el heredero con discapacidad tendrá que recibir, bien como nudo propietario, tratándose del usufructo viudal -ley 257.3 FN-, bien como destinatario de los bienes, en el caso de que el contador partidor realice la participación -art. 342 FN-.

En el primer caso, ha de partirse de la base de la profunda modificación institucional introducida por la Ley Foral 21/2019 en la ley 257 del FN. El criterio general instaurado por el legislador foral es el de la innecesaria realización de inventario por el cónyuge superviviente para que pueda ejercer su derecho al usufructo viudal universal. La regla se excepciona en tres supuestos, entre ellos el recogido en el apartado 3 de la ley 257 del FN: “*Deberá hacer inventario de todos los bienes a los que se extienda el usufructo en los supuestos siguientes: (...) si entre los nudos propietarios se encuentran personas menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente*”. Así, en aras de la protección del nudo propietario con la “capacidad modificada judicialmente”, se impone esta obligación que no puede ser exonerada ni por el disponente. La adaptación de este criterio excepcional al nuevo sistema de apoyos es el que determina la revisión de esta ley.

La propuesta de redacción que actualmente se proyecta para la ley 257.3 del FN en el APLFAPD no parece que sea la más afortunada.

Según el tenor adaptado a la CPDP: «*Deberá hacer inventario de todos los bienes a los que se extienda el usufructo en los supuestos siguientes: (...) si entre los nudos propietarios se encuentran personas menores de edad o personas para las que a la fecha del fallecimiento se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad*». Así, se liga la aplicación de la regla excepcional de realización del inventario a que *se hayan establecido medidas de apoyo*, lo que no sólo implica a las medidas formales -curatela o defensor judicial-, sino también a las voluntarias e, incluso, cabría pensar que a las informales -guardador de hecho-.

La obligación de elaborar inventario a la que se hallaría conminado el cónyuge superviviente en todos estos casos, con la redacción propuesta para la ley 257.3 del FN, aboca a una inevitable distorsión del actual sistema, en el que se aboga por minimizar la exigencia de este requisito. Ello, además, se puede entender como una aplicación injustificada de un principio que la reforma de la LAPD, en su adaptación a la CPDP, ha pretendido erradicar en aras de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, la del interés superior de la persona con discapacidad. A todo ello se suma el evidente problema de seguridad jurídica que implicaría, ya que resultaría obligatoria la realización del inventario siempre que el “nudo propietario” hubiera establecido previsiones voluntarias de apoyo, que ni le limitan ni le vinculan en su actuar, o si utiliza medidas informales de apoyo que, como situación de hecho, no sólo pueden no ser conocidas, sino que son prescindibles. Quedaría en manos del “nudo propietario” con discapacidad y, casi a su criterio, la imposición de esta obligación que se encuentra limitada y restringida por ley. La disputa ante los tribunales sobre la necesidad, o no, de realización de inventario distorsionaría la efectividad de un régimen previsto para evitar la litigiosidad.

Estas razones me llevan a pensar que, en aras de la seguridad jurídica y efectividad de la igualdad en el ejercicio de los derechos, tal exigencia de inventariar tendría que estar reservada para la situación de quien siendo “nudo propietario” tuviera establecidas medidas de apoyo formales de carácter representativo. La tutela y protección que se dispensa a la persona con discapacidad, así como el trato privilegiado frente al resto de los “nudos propietarios”, cobra todo su sentido para las situaciones de mayor intensidad de los apoyos, que se ligan a una decisión judicial.

55. Un problema semejante al expuesto plantea la readaptación de la ley 342 del FN, ley que impone al contador partidor, que vaya a hacer la partición, la obligación de inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios, salvo dispensa del causante, “*si alguno*

de los herederos fuera menor de edad no emancipado, tuviera su capacidad judicialmente modificada o hubiera sido declarado ausente”.

La apuesta de redacción del APLFAPD, respecto a la ley 342 del FN, coincide aquí también con la anteriormente señalada: «Si alguno de los herederos fuera menor de edad no emancipado o *persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad* o hubiera sido declarado ausente, el contador-partidor, salvo dispensa del causante, deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los herederos, acreedores y legatarios».

Las reflexiones antes referidas resultan igualmente extrapolables a este caso, con el problema práctico añadido que será el contador-partidor en su quehacer el que deba interpretar qué signifique aquella dicción cuando las medidas de apoyo establecidas para el heredero no sean las institucionales de la curatela asistencial o representativa, o el defensor judicial.

56. b) Adjudicación de bienes por los fiduciarios comisarios

Contempla la ley 287 del FN la administración y disposición de los bienes que todavía no se han dispuesto por parte de los instituidos en una fiducia-comisaria, que implica la delegación por el causante en el fiduciario de las facultades de nombramiento de sus herederos, legatarios, donatarios, etc.

La norma foral reconoce a los fiduciarios que tengan la condición de cónyuge, pareja estable o ascendientes del causante, las facultades “de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto”, mientras no cumplan enteramente su cometido.

En el caso de que resulten designados como fiduciarios otros sujetos, esa ley foral indica que “se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o tiene la capacidad judicialmente modificada, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios” -esto es, de los fiduciarios-⁷⁵.

Esa referencia a la capacidad modificada judicialmente es la que requiere del ajuste a la nueva terminología y situación de apoyos.

La propuesta de adaptación de la norma foral por el APLFAPD va más allá de su adecuación normativa y corrige algunas erratas que se han venido arrastrando desde su redacción original:

«Ley 287. Situación de *pendencia*.

Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o *es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad*, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los *fiduciarios*».

La reformulación del ladillo de la ley 287, como “situación de *pendencia*”⁷⁶, supone la reparación histórica de un desliz, “de *dependencia*”, sobre el que no reparó la Ley Foral 21/2019 al regular la fiducia sucesoria, en cuanto a la gestión y disposición del patrimonio hereditario mientras los fiduciarios-comisarios no han ordenado por entero la sucesión del comitente. Igualmente, en el APLFAPD se ha tenido en cuenta la advertencia doctrinal de la dificultad de intelección que ofrece el texto de la ley 287 del FN⁷⁷ cuando disciplina, en la “pseudo comunidad hereditaria”, la disposición por “otros fiduciarios” de bienes del patrimonio hereditario si en ella hay algún “menor” o con “capacidad judicialmente modificada”, para lo que se requiere en los “actos de disposición el consentimiento de los *adjudicatarios*”, previsión esta última que no se comprende si no se refiere a los “fiduciarios”.

⁷⁵ S. CÁMARA LAPUENTE, “Ley 287”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dir. E. RUBIO TORRANO y M.L. ARCOS VIEIRA, Thomson-Reuters Aranzadi, 2ª ed., 2020, p. 1169.

⁷⁶ Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o tiene la capacidad judicialmente modificada, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios.

⁷⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, *Ob. cit.*, p.1177.

El nuevo tenor que se propone exige que esa protección de los intereses que se articulan a través de la prestación del consentimiento de todos los fiduciarios-comisarios, en caso de que la comunidad de “llamados” unánimemente pretenda disponer de algún bien, se aplique si hay alguna *persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Esa fórmula genérica de referencia a los apoyos a la persona con discapacidad plantea la cuestión de qué medidas deberán tenerse en cuenta para exigir ese consentimiento por unanimidad. No parece que haya duda cuando se trate de las judiciales -curatela y defensor judicial-, aunque el tenor del precepto proyectado podría pensarse que también lo exige en caso de que se tratasen de medidas de apoyo voluntarias y fácticas que, sin embargo, son prescindibles para el coheredero con discapacidad. Por ello, si la redacción que se postula prospera, entiendo que resultará una exigencia derivada de la CDPD que la interpretación que se realice parta del principio indiscutido de la “capacidad de hecho”, y sólo cuando estén previstas medidas de apoyo formales para alguno de los coherederos se requiera la unanimidad de todos los fiduciarios para los actos de disposición.

57. c) Partición realizada por los coherederos.

La última norma que precisa un retoque en su tenor es la ley 345, párr. 2º del FN que, tras señalar la posibilidad de realizar la partición mediante acuerdo por los propios herederos, reconoce que “cuando, en sus respectivos casos, los herederos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada se hallaren legalmente representados en la partición, esta será válida y plenamente eficaz sin necesidad de intervención ni de aprobación judicial”.

En este caso, la redacción que se propone por la APLFAPD sigue el espíritu de la norma que reformar, y acota más allá de lo que quizá se piensa su operatividad.

Así, se dice en la futura ley 345 del FN, “modos de hacerla”, que «la partición así realizada será válida y plenamente eficaz sin necesidad de intervención ni de aprobación judicial, cuando los herederos menores no emancipados se hallaren legalmente representados en esta y *cuando actúe la persona designada en las medidas establecidas o existentes para el apoyo de la capacidad jurídica de los herederos*».

La referencia a la actuación de los titulares de los apoyos, necesariamente en representación de la persona que los precisa, ya que en otro caso será el propio heredero con discapacidad el que actúe, implica que bien debe estar constituida una curatela representativa o haberse nombrado un defensor judicial asignándole tal facultad. A estos efectos debe recordarse que el art. 289 del CC prevé que: “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

A esos casos se añadirán la representación que, en su caso, pudiera otorgar el Juez al guardador de hecho conforme al art. 264 del CC, o la representación voluntaria que el heredero discapaz haya otorgado a la persona que le apoya para tal acto, pues si no hay un reconocimiento judicial de la representación, ésta tendrá que estar acotada por parámetros de carácter objetivo, en aras de ofrecer una regulación que ofrezca seguridad en el tráfico jurídico y que procure la validez y eficacia de la partición contractual en la que intervenga un coheredero con discapacidad.

Los apoyos prestados por el curador asistencial o el guardador de hecho no suplen la actuación del heredero con discapacidad, siendo él quien personalmente tendrá que intervenir en la partición con los apoyos. En caso de que éste prescinda de ellos, la ley 19 del FN le permitirá impugnar su declaración de voluntad a través de la “anulabilidad”, medida que ofrece una lícita seguridad jurídica con un régimen divergente al previsto en el Código civil -arts. 1301 y ss.-.

No existiendo medidas de apoyo previstas, se habrá de partir de la concurrencia de la “capacidad de hecho” en el heredero con discapacidad, lo que le permitirá realizar la partición con plena eficacia y validez sin que sea precisa la aprobación judicial⁷⁸. Con todo, si se advirtiera que en la su declaración de voluntad mediaron vicios de la voluntad o influencia indebida cabrá impugnarla conforme prevén las leyes 20 y 21 del FN.

⁷⁸ M.P. REPRESA POLO, “Cuarenta y cuatro, cuarenta y cinco y cuarenta y seis”, p. 979.

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos:
Los casos noruegos y dos casos españoles

The evolution of the Case-Law of the European Court of Human Rights in the foster care and the right to maintain the family tight with the biological parents: The Norwegian cases and two Spanish cases

MARÍA ELÓSEGUI

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Zaragoza

Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Consejo de Europa, Estrasburgo

Recibido: 24.03.2022 / Aceptado: 27.04.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7188

Resumen: En este artículo se analizan los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos a partir de su sentencia *Strand Lobben c. Noruega*, así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a favor del mantenimiento del vínculo con la familia de origen cuando sea necesaria la intervención de la tutela de la administración en el cuidado de menores. A continuación, se realiza un análisis crítico de dos casos fallados contra España por el TEDH, los casos *Haddad y Omorefe*, así como sus similitudes con otros dos casos noruegos, *M.L. y Abdi Ibrahim*. Se propone en línea con la jurisprudencia del TEDH la necesidad de mantener el derecho de visitas de los padres biológicos durante las situaciones de acogimiento familiar, así como la obligación de las autoridades domésticas y de los tribunales en el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos haciendo posible, cuando las circunstancias lo permitan, la vuelta del menor a sus padres biológicos. Se establecen algunas recomendaciones para la práctica de las autoridades españolas a la luz de esta jurisprudencia y se expone un ejemplo de buena práctica de acogimiento permanente en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa.

Palabras clave: Caso *Strand Lobben c. Noruega*, casos *Haddad y Omorefe c. España* en el TEDH, acogimiento familiar, artículo 8 de la CEDH derecho la vida familiar de los padres y los hijos, adopción sin consentimiento de padres biológicos.

Abstract: This article analyzes the general principles on foster care established in the jurisprudence of the ECHR from its judgment *Strand Lobben v. Norway*, as well as the Resolution of the parliamentary Assembly of the Council of Europe in favor of the ties with the family of origin when the intervention

* maria.elosegui@echr.coe.int

of the guardianship of the administration in the care of minors is necessary. Below is a critical analysis of two cases ruled against Spain by the ECHR, cases *Haddad and Omorefe*, as well as the similarities with two other Norwegian cases, *M.L.* and *Ibdi Ibrahim*. It is proposed in line with the case-law of the ECHR the necessity of maintaining the right to visits of the biological parents during the situations of foster care, as well as the obligation by the domestic authorities and judicial courts to maintain the tight between parents and children making possible, when the circumstances allow it, the return of the child with his/her biological parents. Some recommendations for the practice of the Spanish authorities are established bearing in mind these case-law and it is exposed an example of good practice of permanent Foster care by the a Public institution, the Provincial Council of Guipuzcoa/Gipuzkoa.

Key words: ECtHR case *Strand Lobben v. Norway*, cases *Haddad and Omorefe v. Spain*, Foster care, article 8 of the ECHR Right to the family life of the parents and their children, adoption without the consent of the biological parents

Sumario: I. Introducción. II. Los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 1. Siete criterios establecidos en la sentencia *strand lobben c. Noruega*; 2. Los cinco pasos del test de un escrutinio más estricto. III. La resolución de la asamblea parlamentaria del coe a favor del mantenimiento de la unidad familiar en la intervención de los servicios sociales y de las instancias judiciales en la tutela de menores en acogimiento familiar. IV. Aplicación de estos criterios al caso *Haddad c. España* en el TEDH. 1) hechos del caso *Haddad* y actuaciones de la administración y de los tribunales domésticos. 2) ejecución de la sentencia de Estrasburgo en el caso *Haddad c. España*: a) plan de acción en el comité de ministros; b) la sentencia de revisión en el tribunal supremo español en ejecución de la sentencia del TEDH en el caso *Haddad c. España*. V. El caso *Omorefe c. España*. VI. El artículo 46 del CEDH y la ejecución de las sentencias de estrasburgo. VII. El caso *M.L.v. Noruega*. VIII. El caso *Abdi Ibrahim v. Noruega*. IX. Algunas conclusiones: la actitud del juez en casos de declaración de desamparo y acogimiento y la motivación de la sentencia: 1. La actitud del juez y la motivación de la sentencia; 2. El juez como intermediario entre las partes en los procesos de acogimiento y la correcta evaluación del cambio de las circunstancias; 3. Las partes afectadas en el proceso interno. Los padres adoptivos y/o los padres de acogida. X. La experiencia de acogimiento familiar permanente en Guipúzcoa/Gipuzkoa. Un ejemplo de buenas prácticas.

I. Introducción

1. El artículo versa sobre cierta evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la cuestión de la decisión de las administraciones públicas de colocar a un menor en familias de acogida con vistas a una adopción sin el consentimiento de sus padres biológicos y los criterios que son necesarios para respetar el derecho de los padres y de sus hijos a la mutua compañía como parte del derecho contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a disfrutar de la vida familiar.

2. El artículo se escribe contando con la experiencia de quien ha participado en la decisión de algunos de estos casos, es decir desde la propia experiencia como jueza de este Tribunal en Estrasburgo. Por otro lado, su objetivo además de ser una investigación académica en vivo es entrar en diálogo con las diversas partes implicadas en estas situaciones para hacer propuestas de mejora en la práctica española de la tutela de la administración y de los tribunales en los casos de acogimiento y adopción, también teniendo en cuenta que concretamente en el caso de España se ha avanzado mucho en la colaboración entre las instituciones públicas (servicios sociales), las propias familias biológicas, las familias de acogida y los jueces¹.

¹ En el ámbito judicial, y concretamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido muy enriquecedor el intercambio de pareceres con el juez noruego Arnfinn Bardsen, así como los jueces Georgios Serghides de Chipre, Pere Pastor Vilanova de Andorra, que han ejercido todos ellos como jueces de familia en sus países de origen antes de formar parte de este tribunal internacional. También querría destacar la colaboración de la letrada Carmen Morte-Gómez, jefa de la

3. En el artículo se partirá de una breve exposición de los principios generales de la jurisprudencia del TEDH, expuestos en la sentencia de Gran Sala, *Strand Lobben contra Noruega*². A continuación se analizarán dos casos españoles, uno previo a la citada sentencia, el caso *Haddad c. España* de 18 de junio de 2019³ y otro posterior el caso *Omofefe c. España*, teniendo en común que ambos han sido fallados por la Sección tercera y con dos condenas a España. Los demandantes responden a un mismo perfil: son personas inmigrantes, pertenecientes a grupos vulnerables, recién llegados a España, sin conocimiento del idioma español, ni del derecho español. Por todo ello, explicar su situación ante las autoridades les resulta mucho más complicado. A pesar de su falta de medios económicos, han contado con una buena asistencia letrada y con el apoyo de algunas asociaciones cívicas.

4. Ambas sentencias de Sala de la Sección III del TEDH fueron finales a los tres meses de su pronunciamiento porque ninguna de las partes, incluido el Estado presentó un recurso para que fuera llevada a la Gran Sala.

5. Desde Estrasburgo se detecta la tendencia de otros países pertenecientes al Consejo de Europa como los escandinavos a una clara estatalización de estos asuntos con una intervención muy fuerte de las autoridades, que ante el menor síntoma de desamparo de los menores suplantando a los padres e intervienen de un modo muy estricto asumiendo la tutela de menores. Ha habido una larga jurisprudencia en este sentido con condenas de estos países nórdicos. Con posterioridad a esa sentencia de la Gran Sala, una de las Secciones del Tribunal ha dictado ya otras cinco sentencias contra Noruega por el mismo motivo. En todas ellas, se declara una violación del artículo 8: *K.O y V.M c. Noruega*, nº 64808 (16, 19 de Noviembre de 2019 (final); *A.S. c. Noruega*, nº 60371/15, 17 de Diciembre de 2019 (Final); *Pedersen y Otros c. Noruega*, nº 39710/15, 10 de Marzo de 2010 (Final, aunque en esta el Gobierno pidió que fuera reenviada a Gran Sala, pero el panel de cinco jueces que revisa estas peticiones no lo aceptó); *Hernehult c. Noruega*, nº 14652/16, 10 de Marzo 2020, también final, con petición del gobierno rechazada para reenvío a Gran Sala; *M-L. V. Noruega*, nº 64639/16, 22 de Diciembre de 2020 (final). Además, hay otros treinta casos similares ya comunicados al Gobierno de Noruega pendientes de resolver por el Comité de tres jueces de la Sección Quinta.

6. Entre los nuevos medios establecidos por el Tribunal se sitúan los acuerdos amigables y los arreglos unilaterales propuestos por los Gobiernos. Sin pretender anticipar en ninguna medida el futuro de estos casos, sería posible que dependiendo de las circunstancias de cada uno de ellos pueda llegarse a acuerdos amigables.

7. La mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben c. Noruega* se ha constituido en un hito. Para algunos de los académicos la jurisprudencia de Estrasburgo debería ir en el sentido marcado por esta última⁴.

división de la sección española en el TEDH. Debo agradecer a varios profesionales españoles que han compartido conmigo sus conocimientos y experiencia práctica. Entre ellos deseo destacar la ayuda prestada por la entidad Lauka, intermediaria al servicio de la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa, especialmente por Cristina Herce, directora del Servicio de Asistencia Técnica en el Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección y Cristina Achucarro, directora del Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras, de dicho Servicio. Así mismo, Lupe Imaz, jurista que trabaja desde hace 24 años como funcionaria en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa en el Departamento de servicios sociales encargados, entre otras materias, de los acogimientos y adopciones, me ha enriquecido compartiendo su experiencia de enlace entre las autoridades administrativas y los tribunales civiles. También han compartido su experiencia varios padres de acogimiento y adoptivos. A nivel académico he podido dialogar con los profesores del grupo de investigación de *Ius Familiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, concretamente con la profesora Titular de Derecho Civil María Victoria Mayor del Hoyo y el Catedrático Carlos Martínez de Aguirre. De la primera, véase su monografía *La adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

² ECtHR, *Strand Lobben and Others v. Norway* [GS], nº 37283/13, 10 September 2019.

³ ECtHR, *Haddad c. España*, nº 16572/17, 18 de junio de 2019, Sección Tercera.

⁴ L. LAVRYSEN, “Strand Lobben and Others v. Norway: from Age of Subsidiarity to Age of Redundancy”, *Strasbourg Observers*, 23 Octubre 2019.

8. En este artículo, (i) tras la presente introducción, (ii) una vez analizados los principios generales sobre acogimiento familiar asentados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos a partir de su sentencia *Strand Lobben c. Noruega*, (iii) así como la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a favor del mantenimiento del vínculo con la familia de origen cuando sea necesaria la intervención de la tutela de la administración en el cuidado de menores, (iv), (v) y (vi) a continuación, se realiza un análisis crítico de los dos casos fallados contra España por el TEDH, los casos *Haddad y Omorefe* y su ejecución, así como sus similitudes con otros dos casos noruegos, (vii) *M.L.* y (viii) *Abdi Ibrahim*, (ix) Se propone en línea con la jurisprudencia del TEDH la necesidad de mantener el derecho de visitas de los padres biológicos durante las situaciones de acogimiento familiar, así como la obligación de las autoridades domésticas y de los tribunales en el mantenimiento del vínculo entre padres e hijos haciendo posible, cuando las circunstancias lo permitan, la vuelta del menor a sus padres biológicos, estableciendo algunas recomendaciones para la práctica de las autoridades españolas a la luz de esta jurisprudencia y (x) se expone un ejemplo de buena práctica de acogimiento permanente en la Diputación Foral de Guipúzcoa/Gipuzkoa.

II. Los principios generales sobre acogimiento asentados en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos

9. A lo largo de su jurisprudencia, pero especialmente en su sentencia de 10 de diciembre de 2019, *Lobben y Otros c. Noruega*⁵, completada con el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*⁶, hecha pública el 10 de diciembre de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado una serie de criterios o principios básicos que resultan muy útiles en relación con el derecho de los padres biológicos a tener y educar a sus hijos, como parte del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que juega como límite a ser tenido en cuenta en procedimientos de acogimiento y adopciones, tras declaraciones legales de situaciones de desamparo de los menores.

1. Siete criterios establecidos en la sentencia *Strand Lobben*

10. El primer principio o criterio del que hay que partir es que “El primer párrafo del artículo 8 de la Convención garantiza a toda persona el derecho al respeto de su vida familiar. Como está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal, el disfrute mutuo por parte de padres e hijos de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que impiden dicho disfrute constituyen una injerencia en el derecho protegido por esta disposición. Cualquier injerencia de este tipo constituye una violación de este Artículo a menos que sea “de conformidad con la ley”, persiga un objetivo o objetivos que sean o sean legítimos en virtud de su segundo párrafo y puedan considerarse como “necesarios en una sociedad democrática” (ver, entre otras autoridades, *K. T. v. Noruega*, § 203). Al determinar si se cumplió esta última condición, el Tribunal considerará si, a la luz del caso en su conjunto, las razones aducidas para justificar esa medida eran pertinentes y suficientes a los efectos del párrafo 2 del artículo 8 (ver, entre muchas otras autoridades, *Paradiso y Campanelli*, antes citada, § 179). La noción de necesidad implica además que la interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcional al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses en competencia relevantes (ibíd., § 181)” (*Strand Lobben* § 202).

11. Ya este primer principio establece un criterio que no siempre ha sido tan obvio. A saber, que los padres biológicos y los hijos tienen derecho a vivir juntos y a disfrutar de mutua compañía. Por tanto,

⁵ M. SKIVENES, “Child-protection and child-centrism. The Grand Chamber case *Strand Lobben and Others v. Norway*”, *Strasbourg Observers*. 10 Octubre 2019.

⁶ ECtHR, *Abdi Ibrahim c. Noruega* [GS], application n° 15379/16, 10 December 2021.

añadiría que las instituciones públicas deben poner todos los medios para apoyar que esto sea posible, y no lo contrario.

12. Un segundo criterio es que ese derecho no sólo es de los padres, sino que también el niño tiene derecho a ser atendido por sus padres debidamente. Por tanto, como parte de los derechos humanos se encuentran también el derecho de los hijos a ser tratados por sus padres biológicos con el debido cuidado. Contexto en el que se ha acuñado el concepto de velar por el interés superior del menor, sobre todo para estudiar si una restricción del contacto estaría justificada y si es conforme a los estándares internacionales ⁷.

13. Un tercer criterio esencial es que la separación entre padres e hijos causada por diversos motivos debe ser vista inicialmente como una medida temporal y en casos de tutela pública deben ponerse todos los medios para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonable. Por tanto, una prioridad debe ser mantener la unidad familiar y la reunificación en cuanto esto sea posible ⁸. Se observa ya aquí un cambio de perspectiva por parte del TEDH. Hay que tener en cuenta que muchos Estados contratantes del Convenio han tenido una actitud muy intervencionista y estatalista en los casos de tutelas de menores ejercidas por los servicios sociales, así como en los acogimientos y adopciones.

14. Un cuarto criterio será que en situaciones de posible conflicto entre los deseos de los padres y el posible perjuicio para un menor, las autoridades nacionales deben realizar una ponderación entre los intereses en juego e intentar encontrar un equilibrio en el que prevalecerá el interés superior del menor ⁹. Sin embargo, en la aplicación de este criterio abstracto “el interés superior del menor” hay que preguntarse sobre quién decide cuál es ese interés, y en base a qué prioridades. La aplicación de este principio es en la práctica enormemente conflictivo y difícil para los mismos jueces. Tan es así que incluso en la jurisprudencia del TEDH en temas relacionadas con la patria potestad, guardia y custodia de los menores en casos de conflictos entre los propios padres biológicos, y por ejemplo en casos de secuestro internacional de menores y de aplicación del Convenio de la Haya, muchas sentencias del TEDH han sido tomadas con división de pareceres entre los jueces ¹⁰.

15. Un quinto criterio absolutamente relevante a los efectos de las sentencias de Strand Lobben, Haddad y Omorefe es la afirmación de que: “Generalmente, el interés superior del niño exige, por

⁷ *Strand Lobben* § 204. “En lo que se refiere a la vida familiar de un niño, el Tribunal reitera que existe un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior es de suma importancia (véase, entre otras autoridades, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], n.º 41615/07, § 135, ECHR 2010). De hecho, el Tribunal ha enfatizado que en casos que involucran el cuidado de niños y restricciones de contacto, los intereses del niño deben prevalecer sobre cualquier otra consideración (ver *Jovanovic*, citado anteriormente, § 77, y *Gnahoré v. France*, no. 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX)”.

⁸ *Strand Lobben* § 205. “Al mismo tiempo, cabe señalar que la consideración de la unidad familiar y de la reunificación familiar en caso de separación son consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8. En consecuencia, en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible (*K. and T. v. Finland*, citado anteriormente, § 178)”.

⁹ *Strand Lobben* § 206. En los casos en que entren en conflicto los intereses respectivos del niño y los de los padres, el artículo 8 exige que las autoridades nacionales establezcan un justo equilibrio entre esos intereses y que, en el proceso de equilibrio, se otorgue especial importancia al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los padres (ver, por ejemplo, *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, § 64, ECHR 2003-VIII (extractos), y las referencias en el mismo).

¹⁰ ECtHR, *Raw and Others v. France*, n.º 10131/11, 7 de marzo de 2013. Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, y dos en contra. ECtHR, *Neulinger and Shuruk. c. Suiza* (GS), n.º 41615/07, 6 de julio de 2010. 16 votos contra 1, a favor de que habría violación del artículo 8 si el niño fuera devuelto de Suiza a Israel donde vivía su padre, siendo la madre la que lo había llevado a Suiza. Pero siete jueces hicieron opiniones separadas concurrentes. ECtHR, *B. c. Bélgica*, n.º 432011, de 19 de noviembre de 2012. Cinco jueces a favor de la violación del artículo 8, dos en contra. ECtHR, *Maumousseau y Washington c. Francia*, n.º 39388/05, 6 de diciembre de 2008. Cinco a favor de la no violación del artículo 8 y dos disidentes de la mayoría, a favor de la violación. ECtHR, *Sneerson y Kampanella v. Italia*, n.º 14737/09, 12 de julio de 2011. Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, un juez contra la admisión del caso. ECtHR, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, n.º 31679/96, 25 de enero de 2000. Seis jueces a favor de la violación del artículo 8, uno en contra.

un lado, que se mantengan los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que esta última se haya mostrado particularmente inadaptada, ya que romper esos vínculos significa separar al niño de sus raíces. De ello se deduce que los lazos familiares sólo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede, para “reconstruir” la familia (ver *Gnahoré*, citado anteriormente, § 59). Por otro lado, es evidente que también redundan en el interés del niño garantizar su desarrollo en un entorno sano, y un padre no puede tener derecho, en virtud del artículo 8, a que se tomen medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño (véase, entre muchas otras autoridades, *Neulinger y Shuruk*, citado anteriormente, § 136, *Elsholz c. Alemania* [GC], n.º 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII, y *Maršálek c. República Checa*, n.º 8153/04, § 71, 4 de abril de 2006)” (*Strand Lobben*, § 207). Este criterio se completa con la idea de que: “Existe un importante consenso internacional en el sentido de que un niño no debe ser separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes, sujetas a revisión judicial, determinen, de conformidad con las leyes y los procedimientos aplicables, que dicha separación es necesaria para los mejores intereses del niño (véase el artículo 9 § 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, mencionado en el párrafo 134 anterior) (*Strand Lobben*, § 207).

No obstante, los casos a los que nos queremos referir se centran en situaciones en los que los menores son recién nacidos, por tanto, aquí no existe ninguna voluntad por su parte que pueda tomarse en cuenta en una ponderación administrativa o judicial. En situaciones habituales los recién nacidos deben ser cuidados por su familia biológica. Sería diferente en otro tipo de procesos de separaciones y divorcios u adopciones, en los que los menores ya tienen cierta edad y pueden ser oídos.

16. Un sexto criterio es un principio rector consistente en entender que “una orden de acogimiento debe considerarse una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida que implemente el acogimiento temporal debe ser compatible con el objetivo final de reunir a los padres naturales y al niño (véase, por ejemplo, *Olsson c. Suecia* (n.º 1), 24 de marzo de 1988, § 81, Serie A, n.º 130). El citado deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente factible comenzará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del período de acogimiento, siempre que se equilibre con el deber de considerar el interés superior del niño (ver, por ejemplo, *K. y T. v. Finlandia*, citado anteriormente, § 178). En este tipo de supuestos, la idoneidad de una medida se juzgará por la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el hijo y el progenitor con el que no convive (véase, entre otros, *SH c. Italia*, n.º 52557/14, § 42, 13 de octubre de 2015). Así, cuando las autoridades sean responsables de una situación de ruptura familiar por haber incumplido su obligación antes mencionada, no pueden basar una decisión de autorización de adopción en la ausencia de vínculos entre los padres y el niño (cf. *Pontes v. Portugal*, n.º 19554/09, §§ 92 y 99, 10 de abril de 2012). Además, los lazos entre los miembros de una familia y las perspectivas de su reunificación exitosa se debilitarán forzosamente si se interponen impedimentos para que tengan un acceso fácil y regular entre sí (ver *Scozzari y Giunta*, citado anteriormente, § 174; y *Olsson (No. 1)*, citado anteriormente, § 81). Sin embargo, cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño fue puesto originalmente a cargo del cuidado público, el interés del niño en que su situación familiar *de facto* no cambie nuevamente puede prevalecer sobre el interés de los padres en que su familia se reúna (ver *K. y T. c. Finlandia*, citado anteriormente, § 155)” (*Strand Lobben*, § 208).

Este epígrafe es crucial y establece varias medidas cautelares que afectan directamente al derecho de visitas que debe establecerse entre los padres biológicos y los hijos que están en situación de acogimiento, bien en una institución pública, bien en una familia. Además del primer paso de establecer unas visitas regulares, el segundo paso es la ejecución correcta de las mismas, así como la rapidez en su puesta en práctica. En todo ello, un punto importantísimo es evitar la pérdida del vínculo entre padres e hijos. Las autoridades son responsables de que estos sea posible y en caso de que sean ellas las incumplidoras no pueden utilizar este hecho consumado para tomar nuevas decisiones posteriores en detrimento del derecho de los padres a restablecer su patria potestad y recuperar la tutela de sus hijos, cuando la situación que ha motivado la misma ha dejado de existir. Esto es más fácil de poner en práctica a nivel

de las autoridades domésticas porque una vez que estos casos llegan al TEDH por mucho que se declare que ha habido una violación probablemente la situación es ya irreversible.

17. Séptimo criterio, la ruptura definitiva de vínculos entre padres e hijos con medidas de mayor alcance como la privación de la patria potestad y la autorización de la adopción sólo debe hacerse en situaciones extremas (*Strand Lobben*, § 209)¹¹.

Al emitir un fallo ante demandas que se presenten ante el TEDH sobre si la intervención de las autoridades a la hora de decidir una adopción han sido conformes al artículo 8 del Convenio y han respetado el derecho a la vida familiar, el TEDH por una parte tiene en cuenta el marco jurídico interno de cada Estado contratante del Convenio, conforme al principio de subsidiaridad. Un punto importante y que diferencia el papel de los jueces del TEDH en estos casos frente al juez nacional es que los primeros no tienen la inmediatez de la prueba, mientras que los segundos sí la poseen. Aunque los Estados disponen de un margen de apreciación para establecer en qué casos procede separar a un menor de sus padres biológicos, de acuerdo con el interés superior del menor, corresponde al TEDH comprobar si las medidas adoptadas son conformes al Convenio.

2. Los cinco pasos del test de un escrutinio más estricto

18. Por ello, como un octavo criterio se establece en qué consiste el escrutinio estricto que llevará a cabo el TEDH para comprobar si el Estado ha actuado correctamente respetando de un modo equilibrado el derecho de los padres y el de los menores. En este sentido el Tribunal tiene en cuenta:

- 1) La diversidad de derechos nacionales y las tradiciones relacionadas con el papel de la familia y la intervención del Estado en los asuntos familiares y la disponibilidad de recursos para establecer medidas públicas en esta área en particular. Sin embargo, la consideración del interés superior del niño es en todos los casos de importancia crucial.
- 2) El Tribunal reconoce que las autoridades nacionales tienen la ventaja de un contacto directo con todas las personas afectadas, a menudo en la misma fase en que se prevén las medidas de atención o inmediatamente después de su aplicación, así como por la valoración de si existe o no una situación de riesgo grave para su salud o su desarrollo. De estas consideraciones se desprende que la tarea del Tribunal no es sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del cuidado de los niños y los derechos de los padres cuyos hijos han sido puestos bajo tutela pública, sino revisar en virtud del Convenio, las decisiones tomadas por dichas autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación (ver, por ejemplo, *K. and T. v. Finland*, citado anteriormente, § 154; y *Johansen*, citado anteriormente, § 64).
- 3) Sin embargo, este margen de apreciación no es ilimitado. Por ejemplo, en ciertos casos, el Tribunal ha dado importancia a si las autoridades, antes de llevar a un niño a la tutela pública, habían intentado primero tomar medidas menos drásticas, como medidas preventivas o de apoyo, y si estas habían resultado infructuosas (ver, para ejemplo, *Olsson (n.º 1)*, citado anteriormente, §§ 72-74, *RMS c. España*, n.º 28775/12, § 86, 18 de junio de 2013, § 86, y *Kutzner c. Alemania*, n.º 46544/99, § 75, CEDH 2002-I). Se requiere un escrutinio más estricto con respecto a cualquier otra limitación, como las restricciones impuestas por las autoridades a los derechos de visita de los padres, y de cualquier salvaguardia legal diseñada para

¹¹ *Strand Lobben*, § 209. En cuanto a la sustitución de la modalidad de hogar de acogida por una medida de mayor alcance como la privación de la patria potestad y la autorización de adopción, con la consecuencia de la ruptura definitiva de los vínculos jurídicos de los solicitantes con el niño, cabe reiterar que “dichas medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo podrían justificarse si estuvieran motivados por un requisito superior relacionado con el interés superior del niño” (ver, por ejemplo, *Johansen*, citado anteriormente, § 78, y *Aune*, citado anteriormente, § 66). Está en la naturaleza misma de la adopción que no existan perspectivas reales de rehabilitación o reunificación familiar y que, en cambio, lo mejor para el interés superior del niño sea colocarlo permanentemente en una nueva familia (ver *R. and H. v. the United Unido*, n.º 35348/06, § 88, 31 de mayo de 2011).

garantizar una protección efectiva del derecho de los padres y los niños al respeto de su vida familiar. Tales limitaciones adicionales conllevan el peligro de que las relaciones familiares entre los padres y un niño pequeño se reduzcan efectivamente (véase *K. y T. c. Finlandia*, citado anteriormente, *ibíd.*, y *Johansen*, citado *supra*, *ibíd.*).

- 4) En casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos y debidamente tenidas en cuenta por las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles (véase, por ejemplo, *W. v. the United Kingdom*, 8 de julio de 1987, § 63, Series A no. 121, y *Elsholz*, citado anteriormente, § 52): “Lo que debe determinarse es si, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso y, en particular, de la gravedad de las decisiones que deben adoptarse, los padres han participado en el proceso de toma de decisiones, visto en su conjunto, en un grado suficiente para brindarles la protección requerida de sus intereses y haber podido presentar su caso plenamente (ver, por ejemplo, *W. c. el Reino Unido*, citado anteriormente, § 64; *TP y KM c. el Reino Unido* [GC], n° 28945/95, § 72, ECHR 2001-V (extractos), *Neulinger y Shuruk*, citado anteriormente, § 139, y *YC c. El Reino Unido*, n° 4547/10, § 138, 13 de marzo de 2012). De las consideraciones anteriores se desprende que el ejercicio de los recursos judiciales por parte de los padres naturales con miras a obtener la reunificación familiar con su hijo no puede oponérseles como tal. Además, en casos de este tipo siempre existe el peligro de que cualquier demora procesal influya en la determinación de facto del asunto sometido al tribunal antes de que haya celebrado su audiencia. Del mismo modo, el respeto efectivo de la vida familiar requiere que las relaciones futuras entre padres e hijos se determinen únicamente a la luz de todas las consideraciones pertinentes y no por el mero transcurso del tiempo (ver *W. C. Reino Unido*, citado anteriormente, § 65)” (*Strand Lobben*, § 212).
- 5) Por último, “Si el proceso de toma de decisiones protegió suficientemente los intereses de los padres depende de las circunstancias particulares de cada caso (ver, por ejemplo, *Sommerfeld*, citado anteriormente, § 68). Con vistas a su examen de la presente instancia, el Tribunal observó que en el caso mencionado se le solicitó que recabara un informe psicológico sobre las posibilidades de establecer contacto entre el niño y el demandante. Observó que, como regla general, correspondía a los tribunales nacionales evaluar las pruebas que se les presentaban, incluidos los medios para determinar los hechos relevantes (ver *Vidal c. Bélgica*, 22 de abril de 1992, § 33, Serie A no. 235-B). Sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre están obligados a involucrar a un experto en psicología en la cuestión de otorgar contacto a un padre que no tiene la custodia, pero esta cuestión depende de las circunstancias específicas de cada caso, teniendo debidamente en cuenta la edad y madurez del niño en cuestión (véase *Sommerfeld*, citado anteriormente, § 71)” (*Strand Lobben*, § 213).

III. La resolución de la asamblea parlamentaria del COE a favor del mantenimiento de la unidad familiar. la intervención de los servicios sociales y de las instancias judiciales en la tutela de menores en acogimiento familiar

19. La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa publicó el 28 de junio la Resolución 2232 titulada, “Lograr un equilibrio entre el interés superior del menor y la necesidad de mantener a las familias unidas”¹². Como afirma esta resolución se debe dar el necesario apoyo a estas familias a tiempo

¹² PACE, *Resolution 2232 Striking a balance between the best interest of the child and the keep families together*, 28 June 20018 (26th Sitting) (see Doc. 14568, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, rapporteur: Mar. Valeriu Ghiletschi. Text adopted by the Assembly on 28 June 2018 (16th Sitting). “Recalling its Resolution 2049 (2015) and Recommendation 2068 (2015) Social services in Europe: legislation and practice of the removal of children from their families in Council of Europe member States, the Parliamentary Assembly reaffirms that children have the right to be protected from all types of violence, abuse and neglect. However, they also have the right not to be separated from their parents

y de un modo positivo con vistas a evitar la necesidad de tomar decisiones de declaraciones de abandono que supongan retirarles la patria potestad como medida inmediata, intentando si eso fuera necesario la reunificación familiar siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor. Esto implica la necesidad de construir una mejor colaboración con los padres e y evitar errores basados en malos entendidos, estereotipos y discriminación. Estos errores pueden ser difíciles de corregir una vez que se ha perdido la confianza ¹³.

20. Por ello, esta Resolución insiste en la necesidad de que los servicios sociales y los jueces implicados en estas decisiones deben tener una formación especial que incluya un conocimiento de los estándares internacionales y europeos y sensibilidad hacia el elemento de extranjería que suele ser común en estos casos. Además, deben de estar provistos de recursos suficientes para tomar decisiones en un tiempo apropiado, y que no se vean desbordados por el peso de la cantidad de casos pendientes ¹⁴.

21. Los servicios sociales en España, las Consejerías de bienestar familiar, en las distintas comunidades autónomas y los jueces de lo civil han realizado y están realizando un gran esfuerzo de protección en interés del superior del menor en casos de que sus padres biológicos no puedan hacerse cargo de los mismos y han tratado de evitar o de paliar las posibles situaciones de abandono, estableciendo la tutela de la administración.

22. El ordenamiento jurídico español ofrece medidas suficientes e incluso novedosas ¹⁵. Se trata, más bien, de hacer un uso adecuado del mismo, que sea realmente respetado en la práctica, tanto por parte de las administraciones, como del poder judicial, sin dejarse llevar por un exceso de celo que sustituya indebidamente la voluntad de unos padres biológicos que son adultos y libres, tratándoles como si fueran menores de edad, sólo por el hecho de que no conocen la lengua, están en una situación laboral precaria u otros elementos de pobreza. Se entiende que la actuación de la administración debe ser ágil cuando se da una situación de desamparo, pero luego debería ser igual de flexible para adaptarse a la posterior evolución de las circunstancias. Como desarrollaremos a continuación, en los dos últimos casos españoles fallados en el TEDH (*Haddad y Omorefe c. España*) se detectan actuaciones iniciales afortunadas de los servicios sociales en amparo de los menores e incluso de sus madres, pero posteriormente un anquilosamiento en los respectivos informes de las administraciones que se cosifican y se petrifican sin atender a las evoluciones positivas de los padres. Las administraciones parecen aferrarse a sus primeros informes, sin hacer un esfuerzo por actualizarlos. La resolución de la asamblea parlamentaria insiste en que la práctica de retirar a los niños del cuidado de sus padres nada más nacer debe ser usado de forma excepcional en situaciones realmente extremas. Además, debe evitarse la posterior adopción basada tan sólo en el paso del tiempo y otorgadas sin el consentimiento de los padres biológicos. Y, en cualquier caso, es imprescindible mantener el derecho de visitas ¹⁶.

23. Se detectan varios déficits frecuentes: el primero, como señala la Asamblea parlamentaria, algunas intervenciones se basan en ciertos prejuicios y estereotipos sobre la cultura de esos padres inmigrantes. Debe distinguirse entre valoraciones que son propias de la experiencia de las administraciones y de los jueces ante determinadas situaciones de desamparo de menores y que están basadas en elementos objetivos y reales, frente a posibles discriminaciones originadas en la falta de conocimiento de esas culturas o en ciertos prejuicios soterrados.

against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine that such separation is absolutely necessary in the best interests of the child. Even when such separation is necessary, children have the right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, unless it is contrary to their best interests.

¹³ Idem, ver 5.2.

¹⁴ Idem, ver 5.4.

¹⁵ Véase, M. V. MAYOR DEL HOYO, *Adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2019. Pp. 138-152, sobre el Artículo 173 y el acogimiento familiar. Ver también, M. V. MAYOR DEL HOYO, *Código civil comentado...* Vol 1. 2011, pp. 867-884. Idem, pp. 884-895. Art 173bis. Modalidades de acogimiento familiar.

¹⁶ Idem, ver 5.5.

Como señala la mencionada resolución, otro error que debe evitarse es el de la toma de decisiones con carácter definitivo sobre el proceso de adopción, basados en diagnósticos muy tempranos, con una voluntad previa y determinada por parte de la administración de dar al niño o niña en adopción, incluso sin el consentimiento de los padres biológicos. Esto ocurre especialmente cuando se ha comenzado una asignación del menor en pre-adopción de manera muy temprana, desconfiando desde el inicio en una posible futura evolución positiva por parte de los progenitores biológicos. Una vez que se ha asignado una familia pre-adoptiva se considera como una solución definitiva que llevará a la adopción legal, no como una etapa que pudiera ser reversible dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

24. Esta decisión predeterminada *à tout prix* hace que el padre o madre inmigrante encuentre todo tipo de obstáculos en el acceso a la propia administración y a los tribunales cuando quieren aportar pruebas de los cambios de sus circunstancias e intentan recuperar la tutela de los menores conforme a lo establecido por la legislación (es decir, dentro del plazo de los dos años previstos en el Código Civil español). Hay que asegurarse que esas decisiones sean una respuesta proporcional a un asesoramiento creíble y verificado por las autoridades competentes y sometido a revisión judicial, cerciorándose de que existe un riesgo real y actual de un daño serio del niño¹⁷, teniendo en cuenta que la supresión de la vida familiar debe ser temporal, en la medida de lo posible se debe procurar que sean cuidados por otros miembros de la familia, debe establecerse un derecho de visitas y contacto para mantener los vínculos familiares¹⁸.

25. A su vez, en diálogo con la entidad Lauka, desearía subrayar que es evidente que hay ocasiones en parejas en las que se hay ya precedentes y con otros hijos en tutela de la administración, en los que se ha hecho un largo seguimiento y los progenitores no hay cambiado sus hábitos. Por ejemplo, padres o madres con consumo de sustancias tóxicas durante el embarazo y nacimiento del bebé con síndrome alcohólico fetal o con síndrome de abstinencia. En estos casos se lleva a cabo una investigación desde el embarazo, cuando algunas madres que ya tienen hijos tutelados se queda nuevamente embarazada y se abre una investigación desde el momento del embarazo y, si se considera que las dificultades que dieron lugar a la tutela de los otros hijos todavía persisten entonces se activa el protocolo de declaración de desamparo. Si se valora que no hay motivos suficientes para declarar el desamparo no se produce dicha retirada y se realiza un seguimiento de la familia. En estos casos ya hay un conocimiento previo de la familia por parte de los servicios sociales. Por otra parte, hay que tener en cuenta que se requiere una actuación rápida para evitar preventivamente que se produzca un daño y que se ponga en riesgo la integridad del menor con consecuencias irreversibles. En estos casos, estas actuaciones deben estar muy bien justificadas y razonadas, con los motivos por los que una separación preventiva es aconsejable. Más tarde, si las circunstancias lo permiten, deberá procederse a una reunificación.

26. Por ejemplo, en este sentido y volviendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un reciente caso *E.M. y otros c. Noruega*, publicado el 20 de enero de 2022¹⁹, y por tanto ya final el 22 de abril de 2022 (es decir, que no ha sido recurrido por las partes en el plazo de los tres meses desde su fallo), el TEDH ha considerado que las autoridades de Noruega, los tribunales y los servicios sociales, han actuado correctamente al declarar una situación de desamparo de dos niños en los que el padre había abusado de ellos sexualmente con el conocimiento y consentimiento de la madre. Aunque a la madre se le permitieron visitas de los hijos, estos siguen en acogimiento permanente, y los padres tienen la patria potestad suspendida. Esta otra cara de la moneda, no es el objeto directo de este artículo, pero lo trataré en un futuro. De momento, nos hemos centrado en los criterios del TEDH en unos casos concretos, en los que los demandantes obedecen en su mayoría a un perfil de ser inmigrantes y no de un maltrato de sus hijos.

27. España desde hace cuarenta años ha desarrollado en todas las comunidades autónomas servicios sociales muy profesionalizados y juzgados de familia especializados. En contraste con ello, se de-

¹⁷ Idem, ver 5.6.1.

¹⁸ Idem, ver 5.6.5. y 5.6.7.

¹⁹ ECtHR, *E.M. and Others v. Norway*, application n° 53471/17, 20 January 2022.

tecta alguna patología, aunque sea menor y en casos reducidos en las que se aprecie el peligro de una injerencia excesiva de la administración pública basadas en la buena fe de evitar situaciones prolongadas de desamparo. La agilidad en la intervención es desde luego deseable y síntoma de un gran progreso en el estado de bienestar universal. Sin embargo, hay que llegar a un equilibrio entre los derechos de los padres y los derechos de los menores. En este sentido, la actuación de los servicios sociales y de los tribunales debe ser rápida cuando se detectan situaciones de desamparo de menores.

28. El tratamiento de estas situaciones exige un doble esfuerzo para situarse en la mentalidad y en las coordenadas sociales de personas provenientes de otras culturas que han atravesado situaciones de dificultad, así como un largo y penoso proceso migratorio. Aunque debe primar el bienestar de los menores, habrá que estudiar si hay medidas sociales de acompañamiento a personas que están imbuidas en esos procesos de inmigración, que sean beneficiosas para los padres y los hijos, evitando el uso de medidas drásticas de privación de la patria potestad que serían la *ultima ratio* y son irreversibles.

29. En cuanto a los actores en estos procedimientos que son por un lado administrativos y por otro judiciales, es crucial el papel del juez como garante de los derechos de los padres biológicos y de los menores, y del principio de igualdad de armas²⁰. El juez se convierte en un intermediario o mediador entre la Administración y los padres biológicos, y también de los terceros de buena fe, como son los padres de acogimiento o pre-adoptivos (o finalmente adoptantes).

IV. Aplicación de estos criterios al caso *Haddad c. España* en el TEDH

30. En el caso Haddad se ha condenado a España por no permitir al ciudadano sirio Wael Haddad restablecer el contacto con su hija menor después de ser archivada su denuncia por malos tratos a su esposa. La sentencia del TEDH falla a favor de Haddad. Establece que las autoridades españolas no han respetado el derecho de Haddad a recuperar la guardia y custodia de su hija menor y por haber sido dada en acogimiento preadoptivo sin el consentimiento de su padre y exige al Gobierno que Haddad recupere la situación que hubiera tenido si se hubieran respetado los derechos recogidos en el Convenio de Derechos Humanos²¹.

1) Hechos del caso Haddad y actuaciones de la administración y de los tribunales domésticos

31. Wael Haddad nació en Siria en el año 1976. Llegó a España en enero de 2012 con su mujer y sus tres hijos menores, huyendo de la guerra en su país (Ver *Haddad*, § 6). En España se les otorgó el estatuto de refugiados. Un mes después de su llegada, la mujer le denunció por violencia conyugal y el juzgado número 1 de Coslada dictó “una orden de protección provisional en favor de la esposa del demandante, válida durante el proceso penal, que contenía, entre otras, una medida penal por la que se prohibía a su marido acercarse o comunicarse con ella y sus tres hijos, mediante un brazalete de radiofrecuencia, así como una medida civil por la que se suspendían provisionalmente la patria potestad y los derechos de visita del demandante” (ver *Haddad*, § 7).

32. En junio de 2012 los tres hijos de 9, 6 y 1 año fueron declarados en situación legal de desamparo por la Comunidad de Madrid, que asumió la tutela por procedimiento de urgencia. Los niños fueron alojados en centros de acogida, a petición de la esposa del demandante, primero en Madrid y luego en Murcia (*Haddad*, § 8). El demandante no fue informado de ninguna de estas decisiones (*Haddad*, § 9). Después de un año fue absuelto de todos los cargos y quedaron anuladas las medidas penales y civiles adoptadas.

²⁰ Idem, ver 5.6.8.

²¹ N. OCHOA, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto <<*Haddad c. España*>>, nº 16572/2017, de 18 de junio de 2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2020. ISSN 1889-4380.

33. En el relato de hechos, recogido con detalle en la sentencia, se observan ciertas actuaciones de las autoridades administrativas y de los tribunales contrarias a los mínimos derechos de defensa e igualdad de armas. El demandante estaba privado de comunicarse con sus hijos y se le reprocha falta de interés por no personarse en un procedimiento del que no estaba informado. El 14 de febrero de 2013, el Presidente de la Asociación Musulmana de España envió una carta en nombre del demandante al Servicio de Protección de Menores de Murcia en la que afirmaba que el interesado, tras haber roto todos los vínculos con su esposa, no disponía de información sobre sus tres hijos. En dicha carta, la Asociación solicitaba ser informada de la situación de los menores e indicaba que el demandante, al estar legalmente privado del derecho a comunicarse con sus hijos, solicitaba que un miembro de la asociación pudiera reunirse con ellos.

34. Ya desde ese primer momento, el 7 de marzo de 2013, el Servicio de Protección de Menores de Murcia respondió a la asociación que no estaba prevista la devolución de los niños a su familia biológica y que no era deseable que terceros visitaran a los niños, lo que es contrario a los principios que se han expuesto establecidos por la jurisprudencia del TEDH, entre los que se establece que deben mantenerse el derecho de visitas y no romper con los vínculos con la familia biológica. También se recogen entre esos criterios que debe primar siempre el intento de reagrupación familiar.

35. Los intentos de notificación no resultaron eficaces. Primero, el demandante recibió una notificación para una vista ante el Juzgado con retraso (Ver *Haddad*, § 12). Luego otro juzgado que debía ponerse en contacto con él para que asistiera a la audiencia en Murcia no lo hizo (Ver *Haddad*, § 12), por lo que se procede a convocarle a la vista para ratificar la tutela de sus hijos mediante un edicto en el Boletín Oficial de Murcia, cuando no parece muy probable que un inmigrante sirio refugiado que vive en Madrid y que no sabe español vaya a leer un edicto en un Boletín Oficial de Murcia. Por fin, los días 8 y 16 de abril de 2013, un miembro del Servicio de Protección de Menores de Murcia se puso en contacto telefónico con el demandante. Durante la primera conversación telefónica, se le informó de la importancia de la vista para la tutela. Es bastante dudoso, la destreza lingüística del idioma español que pudiera tener el demandante. Este último se opone a dicha tutela, pero es que además el nunca había consentido, ni conocido la declaración de abandono. Muy tempranamente, el 8 de octubre de 2013, el Presidente de la Comisión Regional para la Protección de los Menores propone el acogimiento preadoptivo provisional de la hija del demandante suprimiendo ya cualquier visita de los padres biológicos a la menor.

36. Justo al mismo tiempo, una semana antes, el juez de instrucción número 5 de Alcalá de Henares absuelve al demandante de todos los cargos que se le imputaban y anula las medidas de alejamiento dictadas por el juzgado de violencia de Género de Coslada de Madrid. Esta sentencia, como contraste con el proceso contencioso-administrativo, hace justicia al demandante y es digna de atención porque refleja de un modo indirecto todos los prejuicios culturales que habían estado detrás de las administraciones por la imputación genérica de hechos al demandante (Ver *Haddad*, §19). Además, considera insuficientes los informes psicológicos y médicos, y añade que el testimonio de los peritos en la vista era impreciso.

En febrero de 2015, el juez de primera instancia de Murcia autorizó que la hija pequeña fuera a una familia de acogida de cara a su adopción. Pese al recurso de Haddad y su mujer, la Audiencia Provincial de Murcia confirmó el auto del juez de primera instancia. Como contraste, la reclamación de Haddad para recuperar la patria potestad de sus dos hijos mayores fue autorizada por el gobierno regional que puso fin a la supervisión del departamento de protección infantil de los dos hijos de Haddad y autorizó su regreso con su padre.

37. En su procedimiento para recuperar la tutela de sus dos hijos, llama la atención que el Servicio de Protección de Menores reproche al demandante no haber tenido contacto con sus hijos entre el 28 de junio de 2012 y el 19 de noviembre de 2013, cuando son las fechas en las que el demandante tenía una orden de alejamiento. Por si eso no fuera ya un motivo legal de peso, el demandante vivía en Madrid, mientras sus hijos estaban en un centro de menores en Murcia, cuando carecía de esa información,

y además era un refugiado a la búsqueda de un trabajo para poder mantener a su familia. En cuanto a la menor el Servicio de Protección de Menores alegaba que estaba integrada en su familia de preadopción, circunstancia causada por la propia administración, ya que la propia Dirección de Política Social de Murcia muy tempranamente el 20 de junio de 2013 había recomendado que se suspendieran las visitas de la madre a la menor y aconsejado restringir las visitas de la madre a sus dos hijos a una visita bimensual y en el lugar que determinaría el centro de acogida (véase *Haddad*, § 14). Poco después, el 19 de julio de 2013, la Dirección General de la Región de Murcia cuando propone el acogimiento preadoptivo provisional ya incluye el prohibir las visitas de los padres biológicos.

38. Retomando los obstáculos que la propia administración interpone al padre cuando quiere recuperar la tutela de la hija, también se le reprocha la falta de contacto con la menor, cuando ese hecho se había producido por circunstancias ajenas al demandante y por la actuación de terceras personas incluidas la administración, los tribunales y su esposa sin respetar su derecho a la vida familiar y sin que el fuera culpable de nada. Y nuevamente ese hecho se basa en informes del 2 de febrero de 2015 de una psicóloga y una trabajadora social de la Atención de la Infancia II de Madrid que no tienen ninguna relación con la menor que llevaba varios años viviendo en Murcia.

39. Todo ello contradice frontalmente los criterios señalados en la jurisprudencia del TEDH. Entre ellos se dice que “En casos relacionados con medidas de cuidado público, el Tribunal también tendrá en cuenta el proceso de toma de decisiones de las autoridades, para determinar si se ha llevado a cabo de tal manera que se asegure que las opiniones e intereses de los padres naturales sean conocidos por y debidamente tenidas en cuenta por las autoridades y que pueden ejercer en su momento los recursos disponibles” (Ver *Strand Lobben* § 211).

40. Por eso, está claro que en este caso, la ruptura del vínculo entre el padre y su hija menor es achacable a la administración. El sexto criterio que hemos señalado contempla que las medidas de acogimiento deben ser temporales y tener como finalidad, siempre que sea posible, la reagrupación familiar. En el caso descrito, desde el inicio se buscó todo lo contrario, a saber, colocar a la niña en una familia de acogida pero con vistas a la adopción, y además todo ello contra la voluntad explícita de los padres que se personaron ante el Juez de primera instancia de Murcia, quien impuso el acogimiento contra la voluntad de los padres biológicos, sin argumentar las razones por las que estaban impedidos de cuidar a la menor o si la situación de desamparo seguía existiendo, tal y como figura en el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia:

“Concurren en el presente caso los requisitos que la Ley exige para la constitución del acogimiento, en cuanto ha prestado el consentimiento la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores, así como del de los acogedores, y aunque los padres biológicos no le han prestado, su consentimiento debe ser suplido por la resolución judicial, ya que en la situación en que se encuentra la menor, su acogimiento en una familia en cuya vida común participe, y que se ocupe de velar por ellos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, ha de ser muy beneficioso para su desarrollo físico, intelectual y moral, para su formación integral»

2) Ejecución de la sentencia de Estrasburgo en el caso *Haddad c. España*

A) Plan de acción en el Comité de Ministros

41. Un plan de acción fue presentado el 6 de noviembre de 2019 por el Gobierno español ante el Comité de Ministros del CoE ²². La descripción del caso que figura en la web del Comité de Ministros es el siguiente: el caso se refiere a una violación del derecho del demandante a su vida familiar como

²² <https://hudoc.exec.coe.int/ENG>. Action Plan report received on *Haddad v. Spain*, nº 16572/17, 18/06/2019 (Final el 18/09/2019).

resultado de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y judiciales a colocar a la hija del demandante en acogimiento familiar pre-adoptivo, sin tener en cuenta el cambio de las circunstancias del demandante que estuvieron en el origen que dio lugar a la separación del demandante en relación con su hija. El Tribunal consideró que las autoridades administrativas deberían haber buscado otras medidas menos radicales en lugar del acogimiento pre-adoptivo, y en cualquier caso deberían haber tenido en cuenta la petición del demandante de reanudar el contacto con su hija después del archivo del procedimiento penal que se había abierto contra él que había justificado una medida de alejamiento de sus hijos. El Tribunal también criticó a las autoridades judiciales por una falta de diligencia seria en cómo los procedimientos fueron llevados a cabo: entre otras cosas, por un cierto grado de inacción, por reproducir automáticamente los argumentos de las autoridades administrativas y por no tener en cuenta el archivo final del proceso penal contra el demandante.

Las autoridades españolas proporcionaron una información preliminar referente a las medidas individuales. Se propusieron una serie de medidas con el fin de dar efecto a las indicaciones del Tribunal bajo el artículo 41 para reexaminar la situación del demandante y su hija a la mayor brevedad posible, pero estas medidas no fueron finalmente eficaces. La primera se refería al proceso de adopción: el abogado del demandante y el abogado que representaba a la Comunidad Autónoma de Murcia solicitaron al Juzgado de familia número 15 de Murcia, suspender el proceso de adopción ya que todavía la menor estaba en situación de acogimiento provisional y la adopción no se había producido, incluida la suspensión de la vista que estaba prevista para el 25 de noviembre de 2019.

En segundo lugar, en relación a las medidas para reasumir un posible contacto entre el demandante y su hija, los servicios sociales de Murcia elaboraron un plan de mediación para restablecerlo que incluía asesorar a las dos familias, la biológica y la de acogimiento, preparando a la menor para establecer contactos progresivamente con su familia biológica, supervisados en la fase inicial, y eventualmente establecer un régimen de visitas. Se llevaron a cabo entrevistas con las dos familias, y otros preparativos encaminados a ayudar a la niña a conocer su propia historia. Se acordó que el plan de mediación se podía revisar en cualquier momento si se observaban reacciones adversas por parte de la menor.

B) La sentencia de revisión en el Tribunal Supremo español en ejecución de la sentencia del TEDH en el caso *Haddad*

42. Sin embargo, el demandante, el Sr. Haddad, interpuso en 2020 una demanda de revisión para exigir la ejecución de la sentencia del TEDH ante el Tribunal Supremo, de lo que se infiere que ese plan de mediación no ha producido ningún efecto real de contacto de la menor con su padre y sus hermanos. El demandante interpuso esta demanda de revisión, en ejecución de la sentencia del TEDH contra el auto 86/2015, de 11 de febrero dictado por el Juzgado de Primera instancia número 3 de Murcia en procedimiento número 1676/2013 de constitución de acogimiento, y el auto 117/2016, de 7 de abril, dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia y suplicó a la Sala dos cuestiones diferentes: la primera, que se estimara procedente la revisión solicitada y la rescisión de las resoluciones judiciales impugnadas; segunda, una indemnización por el daño sufrido.

La sentencia del TS se hizo pública el 10 de diciembre de 2021²³. El procedimiento se realizó con vista, en la que comparecieron además del letrado del demandante, el letrado de la madre de la menor, el letrado de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

43. El Tribunal Supremo falla a favor del demandante en relación con su primera petición: ordena que se rescindan los dos autos citados, y que se retrotraigan las actuaciones nuevamente al tribunal competente para que se repita el procedimiento referente al acogimiento pre-adoptivo. La sentencia es muy clara con respecto al efecto de la estimación de revisión, ya que la decisión significa que se rescinde

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Recurso de revisión, Sentencia número 858/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Se celebró la vista el 1 de diciembre de 2021, dictándose sentencia el 10 de diciembre de 2021.

el auto que autorizó el acogimiento, en el sentido de que se deja sin efecto, pero eso no significa que la menor sea entregada nuevamente a su familia biológica, sino que el proceso debe ser reabierto siendo el tribunal competente el que debe retomar el caso por el cauce correspondiente, ya que se deberá tener en cuenta cuáles vayan a ser las medidas más ajustadas al interés superior de la menor en la situación actual. A su vez el TS añade que: “excede al ámbito del proceso de revisión pronunciarnos sobre las medidas que resultarían más ajustadas al interés superior de la menor, en relación con lo previsto por el TEDH en los apartados 79 y 80 de su sentencia. Eso deberá ser acordado por las autoridades públicas y, en su caso, por el tribunal competente, por el cauce correspondiente” (STS Fundamento cuarto, punto 3). En consecuencia, será el juez de Murcia quien tendrá que dictar un nuevo auto oyendo a todas las partes y a la vista de la situación presente de la menor.

Efectivamente lo que se indicó en la sentencia del TEDH es que el demandante sea puesto en la medida de lo posible en idéntica situación a la que se encontraría si el artículo 8 del Convenio no hubiera sido violado. Pero hay que analizar de nuevo lo que es conveniente en la actual situación de la menor y eso le corresponde hacerlo al juez competente con la inmediatez de la prueba, de los hechos, oyendo a las partes. Eso excede de la función revisora del TS en este caso concreto, así como excedía al rol del juez de un Tribunal Internacional como es el de Estrasburgo. También hay que añadir que ese “poner al demandante en la idéntica situación” (que es una fórmula habitual en la sentencias del TEDH) en cuestiones relacionadas con menores nunca será idéntica, ya que el paso del tiempo es inexorable, y el menor después de tantos años en una nueva familia no se encuentra en la misma situación que se encontraba en 2015 cuando se dictó el primer auto. Será el juez competente el que decida los efectos de la revisión, y tiene abierta la posibilidad de mantener el acogimiento, de ver la conveniencia o no de que además del acogimiento la menor conozca o no a su padre y hermanos. De ninguna manera la sentencia del TEDH obliga a que la única solución sea un retorno inmediato con el padre, y mucho menos todavía que la menor volviera a una institución bajo la tutela del Estado. Ante el TS el demandante ha alegado también, por ejemplo, el derecho que la menor podría tener de conocer además de a su padre y hermanos, a sus abuelos paternos y tíos paternos que residen en Suecia como refugiados (Fundamento primero, 6).

V. El caso *Omofefe c. España*

44. En el caso *Omofefe c. España*, la demandante es una inmigrante nigeriana, ahora ya con permiso de residencia en España. En el momento en que dio a luz a un menor de bajo peso estaba en una situación de precariedad, sin alojamiento, ni permiso de residencia, y con un progenitor que no quiso reconocer la paternidad. Cuando nace el menor, ella misma solicita la actuación de la administración y se declara una situación legal de desamparo por procedimiento de urgencia. No debemos olvidar que la suspensión de la patria potestad como consecuencia de la declaración de la administración como tutora debe ser aprobada por un juez y que además ello no implica la privación de la patria potestad, que requiere un procedimiento específico ²⁴.

45. Se acuerdan los derechos de visita, con la precisión de que serían revisados a los seis meses. Sin embargo, este acuerdo es incumplido por la administración a los tres meses. A la demandante se le retira el derecho de visitas y se coloca al niño en una familia de acogimiento preadoptivo sin su conocimiento y sin que hubiera habido en ningún momento una privación judicial de su patria potestad. El derecho de visitas se retira contra la voluntad de la madre y sin ningún informe psicológico. Se desprende de todo el caso, que existía desde el inicio una voluntad por parte de la administración de dar al niño en adopción, sin tener en cuenta otras medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la vida familiar de la madre.

46. A partir de ese momento, la demandante inicia una larga vía de reclamaciones judiciales, en las que todas las instancias admitieron su derecho de visitas, pero que fueron incumplidas por la admi-

²⁴ M. V. MAYOR DEL HOYO, *La adopción en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 240-243.

nistración. A los seis años, ya la Audiencia Provincial de Navarra accedió a la adopción y en esa misma sentencia privó de patria potestad a la madre ²⁵. La argumentación se basó más bien en la existencia de una situación de hecho por la que el menor desde los tres meses había convivido con esa familia de acogida y no había llegado a conocer a su madre.

47. La sentencia de Estrasburgo, después de recordar todos los principios generales que ha asentado en su jurisprudencia (*Omorefe*, § 36-38), establece que las autoridades deben cumplir con sus obligaciones positivas de facilitar en la medida de lo posible la reunificación familiar desde el primer momento en que se encargan del menor. Además, estas medidas deben ejecutarse de inmediato porque de lo contrario el paso del tiempo puede acabar teniendo consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el padre o madre biológica que no vive con él. Si se ponen obstáculos contra los encuentros fáciles y regulares los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de un reagrupamiento acabarían debilitándose por la fuerza de los hechos (*Omorefe*, § 39).

Además de la petición de la madre de la intervención de la administración, las autoridades administrativas hicieron una evaluación propia de la situación, que resultó ya inamovible, a pesar del cambio posterior de circunstancias con una evolución positiva de la situación de la madre, que para entonces ya había aprendido español, tenía alojamiento, permiso de residencia y un trabajo estable. Entre otras cosas, se siguió teniendo en cuenta las circunstancias iniciales cuando carecía de recursos tanto la demandante como el padre biológico, estaba en situación legal irregular, carecía de empleo y de alojamiento estable y estaba en una situación emocional propia del postparto (*Omorefe*, § 47). En un inicio, se le había otorgado un derecho de visitas y se supeditó una reevaluación de la declaración de abandono a la obtención de un alojamiento por parte de la madre y a que mejoraran sus condiciones socio-económicas, con el apoyo de los servicios sociales de base del barrio. En ningún momento del proceso hubo una evaluación de la ayuda real prestada por estos servicios, que sí que fue prestada, más que seis años más tarde en la sentencia de adopción.

También el TEDH llama la atención sobre la celeridad con la que se otorga al niño en acogimiento preadoptivo, siendo ejecutado el 25 de marzo de 2009, cuando la demandante fue informada por una carta pocos días antes, el 6 de marzo. Ya entonces la administración propone al juez no sólo suprimir su derecho de visitas, sino privarle de la patria potestad. Además, desde entonces en cada proceso judicial, la administración se opone a las visitas y pide la privación de la patria potestad. La madre insistirá en lo contrario y los jueces dan razón a la demandante, pero sin acabar tampoco de pronunciarse sobre el derecho a recuperar al menor. El juez de primera instancia, el 28 de enero de 2010, falla a favor de la administración y de apartar a la madre en el proceso de adopción, cuando la ley exigía que eso no era viable sin un proceso judicial de privación de patria potestad, proceso contradictorio con audiencia de la madre. La Audiencia Provincial de Navarra anula esa primera sentencia el 10 de febrero de 2012. Para entonces ya habían pasado dos años. El 3 de febrero de 2014 el juez de primera instancia anula la medida de acogimiento familiar preadoptivo, pero la administración no ejecuta esta sentencia y el niño sigue en la familia preadoptiva. La madre continúa su batalla legal solicitando el derecho de visitas. En una sentencia de 15 de junio de 2015 el juez de primera instancia reconoce su derecho a visitas, concretándolas en una hora al mes en un lugar de encuentro familiar supervisado por la administración. Esta sentencia tampoco fue nunca ejecutada (*Omorefe* §§ 45, 55 y 57).

48. El TEDH constata que el paso del tiempo ha llevado a hacer definitiva una decisión que se había tomado con idea de que fuera provisional (*Omorefe*, § 56). Reconociendo que las jurisdicciones internas han actuado de buena fe para preservar el bienestar del niño, sin embargo el TEDH juzga que ha habido falta de diligencia en el procedimiento llevado a cabo por las autoridades responsables de la tutela en la colocación del niño en preadopción y en la adopción (*Omorefe*, § 57), como por ciertas jurisdicciones de primera instancia, que por inercia han tenido en cuenta sólo los informes elaborados por la propia administración, que era una de las partes en el proceso. Se concluye que ni las autorida-

²⁵ M. V. MAYOR DEL HOYO, “El asentimiento a la adopción de la madre biológica y la limitación de la autonomía de la voluntad de la mujer. Una propuesta de *lege ferenda*”, *Revista de Derecho privado*, nº 104, mes 5, 2020, pp. 105-122.

des administrativas, ni las instancias judiciales han ofrecido ninguna razón convincente de que fuera necesario un acogimiento familiar preadoptivo y una adopción, ambas sin consentimiento de la madre, y sin permitirle visitar al menor desde que tenía tres meses (*Omorefe*, § 58). Por tanto, ha habido una violación del derecho a la vida familiar de la demandante.

Por otra parte, las autoridades internas son invitadas a reexaminar, en un breve plazo, la situación de la demandante y de su hijo menor y de ver la posibilidad de establecer algún contacto entre los dos teniendo en cuenta la situación actual del niño y de su interés superior.

VI. El artículo 46 del CEDH y la ejecución de las sentencias de Estrasburgo

49. En los casos de *Haddad* y *Omorefe* a pesar de que, como hemos indicado anteriormente, el TEDH no tiene competencias para ordenar una devolución de los menores a sus padres biológicos, o una posible reunificación familiar, que sea contraria a lo acordado por los tribunales internos, cuando los menores están en situación de pre-adopción u adopción legal, el fallo en ambas sentencias ha hecho uso del artículo 46 para indicar al Estado que estudie la posibilidad de restablecer el contacto entre los padres biológicos y los menores si esto fuera en interés del menor, y un posible derecho de visitas, compatible con la situación de adopción en el caso *Omorefe* y compatible con el acogimiento provisional en el caso *Haddad*.

50. En ambos casos las sentencias expresamente han indicado que se tenga en cuenta esta posibilidad a la hora de ejecutar la sentencia del TEDH. Esto corresponderá otra vez a las autoridades nacionales, bajo el control del Comité de Ministros. Esa posible ejecución, como es sabido, no es automática, y exigiría nuevamente la actuación de un juez español, tanto si los demandantes accionan la revisión ante el TS (véase supra el caso *Haddad*), como si las autoridades de *motu proprio* iniciaran una posible mediación.

51. No pretendo ahora abordar el complejo tema de la ejecución de sentencias del TEDH, sino simplemente destacar algún aspecto que afecta a estos dos casos. Como es sabido, en España hay una vía para la revisión de la ejecución de las sentencias de Estrasburgo, previstas en el ordenamiento jurídico español. Fue abierta en el año 2015. La Ley Orgánica 7/2015 en su artículo 5bis ofrece una posible revisión ante el Tribunal Supremo. En el contexto de lo previsto en el artículo 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Siempre que no perjudique a los derechos adquiridos por terceros de buena fe”. El demandante ante Estrasburgo cuyo caso ha finalizado con el reconocimiento de la violación de algún artículo del Convenio, especialmente los casos referentes a violaciones de garantías procesales, que todavía pudieran tener una posible revisión, pueden solicitar en el plazo de un año, que se abra un proceso de revisión ante el Tribunal Supremo. Ya existe experiencia al respecto y en estos siete años han sido varias las sentencias revisadas, que alcanzan la decena²⁶. Además de ese posible procedimiento, cabe una ejecución *ex officio* realizada por las autoridades españolas para el caso concreto. Y los gobiernos pueden proponerse cambios legislativos a la luz de ciertas indicaciones realizadas en determinadas sentencias.

Volviendo a estos dos casos, el TEDH ha indicado literalmente en el caso de *Haddad* “Que habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la necesidad urgente de poner

²⁶ Véase el capítulo de Luis López Guerra en el libro *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, 2020. Al margen de nuestro caso concreto, debe ser dicho que no siempre la revisión es la panacea cara precisamente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe. No todos los países contratantes prevén sistemas de revisión de las sentencias de Estrasburgo. Dado el carácter subsidiario del TEDH, muchas veces la revisión doméstica cuando lo que se ha detectado es un vicio procesal puede exigir la retroactividad del proceso al momento en el que se ha detectado el vicio. A partir de ahí el demandante, está en la situación en la que se hubiera debido encontrar de no existir ese vicio, pero eso no significa que el nuevo fallo le vaya a resultar necesariamente favorable o absolutorio. Este es un mecanismo que a las partes les resulta en ocasiones difícil de entender desde el punto de vista jurídico. Es frecuente que si por ejemplo lo que ha faltado es la audiencia del acusado en una segunda instancia condenatoria, tras una primera absolutoria, el Tribunal Supremo retrotraiga el proceso a ese momento procesal y lo devuelva al tribunal pertinente. Igualmente, si por ejemplo ha faltado el llamamiento del interesado en un procedimiento contencioso-administrativo, como es por ejemplo el caso *Naranjo v. España*.

fin a la vulneración del derecho del demandante al respecto de la vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades nacionales a reconsiderar en el plazo más breve posible la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, así como la posibilidad de establecer cualquier tipo de contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual de la menor y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida que resulte apropiada en el interés superior de la menor”²⁷.

52. La sentencia elige las palabras exactas de “la posibilidad de restablecer cualquier tipo de contacto”. Coviene matizar que no se utiliza el termino “reunificar”²⁸. El Sr. Haddad en su demanda no había solicitado ninguna indemnización por daños morales en caso de que el TEDH declarara una violación, sino que había pedido recuperar la guarda y custodia de su hija, algo que quedaba fuera de la competencia del TEDH.

En el caso de *Omrefe*, la sentencia del TEDH es todavía más concreta y, a lo ya dicho en el caso *Haddad*, se añade una referencia a la Sentencia de 28 de octubre de 2015 de la Audiencia Provincial de Navarra, la cual había precisado ella misma que “sería oportuno señalar la posibilidad de adoptar en el futuro, si se estima deseable y si las condiciones legales se cumplen, y siempre en interés del menor, alguna forma de relación o de contacto a través de visitas o de comunicaciones con la madre biológica”.

El TEDH observa que no ha habido ningún contacto entre la demandante y su hijo, ni antes, ni después de esta decisión y estima que la ejecución de la presente sentencia debería seguir la decisión interna citada. Además, estas referencias se han incluido en la parte operativa de la sentencia como parte del fallo, lo que les da más fuerza.

VII. El caso *M.L. v. Noruega*

53. Como se observó en el caso de *Strand Lobben c. Noruega*, los servicios sociales noruegos se han caracterizado por un activismo a favor de la preadopción de menores cuando las madres estaban en situación difícil con una enorme celeridad e intentando de modo inmediato eliminar el derecho de visitas y el vínculo de la madre con el hijo. De ahí la conclusión de la sentencia *Strand Lobben* y los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no haber respetado el derecho de la demandante a la vida familiar.

54. En cuanto a los cinco casos ya sentenciados contra Noruega (ver *supra*) la descripción de hechos es muy similar a la de los casos españoles de *Haddad* y *Omrefe*. En el último de ellos, *M.L. v. Noruega*, más allá de los concretos hechos, se observa una pauta que se ha repetido en los casos contra Noruega, la actuación de los servicios sociales y de County Social Welfare Board (Junta) en unos periodos muy tempranos. A los nueve días de haber nacido la niña ya se le coloca en una familia de acogida. Las visitas entre la madre y la hija son establecidas desde un inicio de dos horas cuatro veces al año (*M.L. v. Noruega*, § 23). La mayoría de la junta (que está compuesto por tres personas) decide además que no se le debe proporcionar a la madre la dirección de la familia de acogida. Las sucesivas demandas de la madre no son atendidas. En ellas se demuestra también que su situación de salud ha evolucionado positivamente y que algunos diagnósticos que se le habían realizado no habían sido adecuados.

55. Ya desde el inicio la junta tiene una idea preconcebida de eliminar los derechos de visita de la madre y los vínculos con ella. Siendo que las propias autoridades han creado esa situación, luego es el argumento que se utiliza para dar la niña en adopción alegando la ausencia de contacto de facto entre la madre y su hija. El Tribunal del distrito apoya todas las decisiones tomadas por los servicios sociales

²⁷ STEDH, *Haddad c. España*, § 79.

²⁸ A diferencia de lo que señala Simona Florescu en la introducción de su, por lo demás, acertado artículo: “In addition to finding a violation, the Court called upon the Spanish authorities to re-examine the situation in light of the judgment. Thus, arguably the Spanish authorities are to endeavor to secure the applicant’s reunification with his daughter”. “Por tanto, podría decirse que las autoridades españolas deben esforzarse por garantizar la reunificación del demandante con su hija”.

y la junta, y deja claro que la colocación de la menor en una familia de acogida no ha sido tomada como una medida temporal sino desde el inicio como una medida a largo plazo y que la finalidad del posible contacto entre la madre y el niño no era hacer posible una reunificación familiar, construyendo un vínculo entre la demandante y su hija (Ver *M.L.* § 32).

Con posterioridad, los servicios sociales y la Junta toman la decisión de privar a la madre de la patria potestad y autorizar la adopción por los padres de acogida. La razón principal era que la niña vivía con la familia de acogida ya desde que había nacido y tenía en ese momento cuatro años. Para ella eran realmente sus padres y no conocía prácticamente a su madre (Ver *M.L.* § 35). El juzgado, a pesar de reconocer que la salud de la madre había mejorado y que el diagnóstico inicial no había sido correcto, antepone la situación de hecho del arraigo en la nueva familia y el desconocimiento de su madre biológica para decidir que era más conveniente la adopción, añadiendo dos nuevas razones como el hecho de que la madre biológica en caso de no producirse la adopción seguiría acudiendo a los tribunales para reclamar sus derechos a la reunificación familiar y a ampliar sus derechos de contacto con su hija. Además, los padres de acogida habían establecido que, caso de producirse la adopción, no aceptaban una adopción abierta con derecho a contacto con la madre. Este último argumento que es ajeno a cualquier acción negativa atribuible a la madre biológica se usa sin embargo en su contra, alegando que dado que esa va a ser la situación no interesa dar más peso al “principio biológico” y fomentar el vínculo con la madre biológica (Ver *M.L.* § 45).

El Tribunal resume, una vez más, sus principios generales, en su mayoría extraídos del caso *Strand Lobben* y de los otros cuatro casos contra Noruega posteriores, en los que se aplicó estos principios sentados en la mencionada sentencia de Gran Sala. Se reitera que el principio del interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro, aunque haya que hacer un balance con los otros derechos en juego (*Strand Lobben*, § 204). El Tribunal recuerda que la reunificación familiar es inherente al artículo 8 del Convenio y que por tanto en caso de imponer por parte de las autoridades unos cuidados en manos de una familia de acogida que restringe la vida de familia de los padres biológicos, las autoridades deben tomar todas las medidas posibles para facilitar la reunificación. Por tanto, hay que preservar los vínculos y el contacto entre ellos (Ver *Strand Lobben*, §§ 205-208): “Es crucial que el régimen de contacto, sin exponer al niño a ninguna carga excesiva, apoye de modo efectivo la finalidad de la reunificación y que las autoridades puedan justificar que el fin último de la reunificación ya no es compatible con el interés superior del menor. No puede normalmente esperarse que la reunificación familiar haya sido apoyada si hay intervalos de semanas, o incluso meses, entre cada sesión de contacto (ver *K.O. y V.M. c. Noruega* § 69)” (*M. L.* § 79).

56. El Tribunal reconoce que puede haber situaciones de conflicto entre los derechos del niño y los de los padres. En esas ocasiones en circunstancias muy excepcionales, dependiendo de la naturaleza y seriedad de estos conflictos, los derechos del niño pueden prevalecer sobre los de los padres (*Strand Lobben*, §§ 206 y 207) (ver *M.L.* § 80). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en principio también es parte del derecho de un niño el convivir y ser educado por sus padres biológicos. En mi opinión, hay que tener cuidado de que la idea del “interés superior del menor” no se utilice para justificar un intervencionismo no justificado o desproporcionado de la administración contra los padres biológicos, entendiendo erróneamente que el bienestar del menor no incluye esa vinculación biológica y priorizando el bienestar material del niño y un presunto orden social impuesto desde el Estado, incluso contra la voluntad de los individuos implicados.

Aunque las autoridades nacionales tengan un gran margen de apreciación en esta materia para juzgar los hechos del caso y hacer un balance de la situación, el Tribunal considera que en estas materias cualquier limitación de las autoridades impuesta para restringir los derechos de los padres en el acceso al contacto con sus hijos debe estar sujeta a un escrutinio más estricto (*stricter scrutiny*), debido a que esas medidas pueden suponer un peligro y cortar de raíz las relaciones entre un hijo y sus padres.

Un buen ejemplo de cómo el Tribunal ha aplicado este test de un escrutinio más estricto puede apreciarse en la sentencia que estamos comentando. En realidad, este concepto es un término abstracto que se aplica para ver si las restricciones de distintos derechos del Convenio están justificadas (ver *supra* epígrafe II del presente artículo). Frecuentemente se utiliza unido al test de proporcionalidad. Se trataría

de razonar por qué una medida que va contra la futura unificación familiar, puede estar justificada por una situación excepcional para evitar un riesgo para el niño si siguiera en compañía de sus padres biológicos, especialmente cuando las autoridades deciden establecer su propia tutela al declarar una situación legal de desamparo.

Aplicando estos criterios al caso presente, el TEDH observa que se suprimieron los vínculos familiares *de iure* y *de facto*. A continuación, afirma que la sentencia del juzgado de distrito que decidió la adopción no aportó ninguna razón que confirmara que existían circunstancias excepcionales que justificaran cortar todos los vínculos entre la demandante y su hija (Ver *M.L.* § 90). Además, el mencionado juzgado no tuvo en cuenta la importancia del principio de vínculo biológico, basándose en el poco contacto entre la madre y su hija. Sin embargo, el TEDH considera que no se les dio a la madre y a la hija ninguna oportunidad de desarrollar ese vínculo, ya que a los nueve días del nacimiento se reubicó a la niña en una familia de acogida y a la madre biológica se le restringieron las visitas de inmediato (Ver *M.L.* § 91). Ya hemos señalado que la junta le otorgó un derecho de visitas de dos horas cuatro veces al año, con unos supuestos previos de que la madre tenía dificultades en dar los cuidados debidos a su hija y que no los iba a adquirir nunca, por lo que ya se asumió que la acogida sería de larga duración y que en realidad nunca se iba a conceder una reunificación de la madre con su hija, de lo que se infiere que la restricción de los derechos de visita era premeditada (Ver *M.L.* §§ 92 y 93).

57. En ningún momento posterior y tras demandas de la madre, esas mismas instituciones revisaron la evolución de esta persona y las mejoras en su salud, así como el cambio de diagnóstico. Las autoridades implicadas no establecieron ningunas medidas positivas para evitar que la madre y la hija terminaran siendo permanente y completamente una extraña la una para la otra. En este caso concreto parece que la posibilidad que debe mantenerse siempre del derecho a la reunificación familiar fue abandonada por la propia Junta desde el primer instante en 2011. En realidad, las escasas horas de derecho de visita hacían imposible desarrollar ninguna relación significativa (Ver *M.L.* § 93). Todo ello es contrario a los criterios que el TEDH ha establecido en su jurisprudencia para que el artículo 8 sobre el derecho a la vida familiar sea respetado.

58. Además, el argumento del juzgado de consolidar la adopción para evitar que la madre hiciera uso de los procedimientos judiciales para seguir insistiendo en su derecho de vistas y a la reunificación no puede ser usado como una razón para terminar con la situación de acogimiento. Precisamente el derecho de los padres biológicos de acceder a los procesos judiciales es parte también del artículo 8. Es en esos procesos, donde los tribunales deben de aportar sus razones para justificar una posible limitación de esos derechos (Ver *M.L.* § 95). El argumento del juzgado para otorgar la adopción se basa en una constatación de una falta de vínculo de hecho, promovido por las propias autoridades, pero éstas no justificaron la existencia previa de razones graves a favor de la decisión de cortar esas relaciones desde el inicio y de un modo permanente o a favor de una declaración de abandono permanente o de una privación de la patria potestad. El TEDH concluye que las autoridades no cumplieron con sus obligaciones positivas de preservar los vínculos familiares de un modo razonablemente eficiente (ver *M.L.* § 97). Por otra parte, también se sabía que los padres adoptantes no aceptaban una adopción abierta, por lo que el derecho de visitas iba a quedar suprimido en un futuro.

59. En cuanto al papel del TEDH en estos asuntos es relevante lo que se concluye en esta sentencia. El Tribunal es consciente de que su tratamiento de casos como el presente en los que se analiza la situación del iter doméstico en su conjunto de una manera retrospectiva puede diferir sistémicamente de la perspectiva seguida por los servicios domésticos especializados en el cuidado de los menores y por las autoridades (incluidos los tribunales domésticos), que tienen que decidir lo que hacer con el niño y su familia en base a la situación de ambos en el momento en que la decisión es tomada y con un ojo puesto en el futuro (ver *Hernehult c. Noruega*, §§ 75-76). Esto es una consecuencia de las distintas perspectivas unidas a su rol respectivo, siendo el rol del TEDH asesorar, en el margen de la demanda planteada ante él, si los órganos del correspondiente Estado actuaron en conformidad con las obligaciones de ese Estado bajo el Convenio. El Tribunal está de acuerdo con una de las decisiones del Tribunal Supremo

noruego, posterior a *Strand Lobben*, en la que se indica que los servicios sociales, la Junta de Bienestar Social y los tribunales domésticos deben incorporar todas las exigencias relevantes previstas en el artículo 8 del Convenio para evitar errores y deficiencias que no pueden ser reparados en un momento posterior (Ver *M.L.* § 98).

Los procedimientos a través de los que la adopción de la menor fue autorizada y las razones aportadas para las medidas decididas reflejan que: primero, fue dada una insuficiente importancia a la finalidad de que el acogimiento debía ser temporal y que la familia afectada debía ser reunificada; segundo, se prestó poca atención a la obligación positiva de tomar medidas que preservaran los vínculos familiares en una forma razonablemente eficiente (Ver *M.L.* § 89).

VIII. El caso *Abdi Ibrahim v. Noruega*

1. Hechos del caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*

60. El caso de Gran Sala *Abdi Ibrahim c. Noruega*, cuyo fallo fue pronunciado el 10 de Diciembre de 2021 recuerda mucho en alguno de sus puntos al caso *Omofe c. España*. El asunto, primero deliberado en Sala y se llegó a una sentencia de violación del art.8. La demanda de la madre se ha centrado no en la recuperación de la guarda y custodia de su hijo, sino en que se mantuviera el acogimiento permanente, que es compatible con que ella ostentara la patria potestad y que no se diera al niño en adopción a la familia de acogida.

61. El Gobierno solicitó el reenvió a la Gran Sala que fue aceptado. Ciertamente se daba un elemento novedoso como era la insistencia de la demandante no sólo en la violación del derecho a la patria potestad de su hijo, sino también en su queja de que además se había dado en adopción al niño a una familia que no era musulmana, lo que suponía según ella una violación de su derecho a la libertad religiosa porque ella deseaba que el niño fuera educado en la religión islámica. Finalmente, la Gran Sala analizó el artículo 8 a la luz de los elementos también culturales y religiosos, pero sin realizar un examen separado del artículo 9, ya que consideró que no había una obligación propia de exigir, si se habían puesto todos los medios posibles y no se había logrado encontrar ninguna familia musulmana disponible, que la adopción se llevara a cabo en una familia de la religión de la madre biológica por encima de cualquier otro elemento.

62. La demandante es una inmigrante de origen somalí que con 16 años escapó de su casa estando ya embarazada, yéndose a Kenia a casa de un tío, donde dio a luz. No estaba casada y el padre no reconoció la paternidad. Un año más tarde comienza su periplo de inmigración junto con su niño recién nacido, llegando a Noruega con 17 años donde se le otorga asilo y derecho de residencia temporal. Allí se trasladó a un centro residencial para madres con niños. Ya en seguida los servicios sociales consideran que no va a ser capaz de cuidar a su hijo y comienzan a buscar de inmediato una familia pre-adoptiva. Sólo una semana después, se coloca al niño en el hogar de una ciudadana noruega. Al mismo tiempo, los servicios sociales intentan buscar una familia somalí, pero no hay ninguna que esté disponible para asumir una nueva carga, ya que en su mayoría no tenían apenas medios económicos. Desde el inicio la demandante insistió en sus deseos de que en todo caso el niño fuera ubicado en una familia somalí o por lo menos en una familia musulmana.

2. El diagnóstico temprano de los servicios sociales sobre la falta de capacidad de la madre para el cuidado de su hijo

63. La Junta de servicios sociales del Ayuntamiento consideró el 10 de diciembre de 2010, cuando el niño tenía un año, que era vulnerable y que la madre era incapaz de cuidarlo adecuadamente. Desde ese momento se decide situarlo en una familia de acogida, pero pensando en que se convirtiera en

su familia adoptiva. En relación con los derechos de visitas de la madre se acuerda reducirlo a una visita al año (Ver *Abdi Ibrahim*, § 22). La madre solicita que se envíe el niño a la familia de su prima somalí. La Junta no acepta esa propuesta por varias razones: la primera es que su prima es madre soltera y tiene ya a su cargo dos niños, pero la segunda y principal es que su objetivo es romper al máximo los vínculos entre la madre y el hijo (Ver *Abdi Ibrahim*, § 24), a la vez que se alega que el niño no tiene suficiente vínculo con la madre.

64. La actitud de las autoridades va en dirección opuesta a lo que exige el artículo 8 del Convenio y a los criterios establecidos en el caso *Strand Lobben* (ver *supra*) y en otra mucha de su jurisprudencia anterior. Como hemos indicado anteriormente, las autoridades deberían de poner todos los medios a su alcance para que los vínculos familiares crezcan en lugar de disminuir, en situaciones como esta, en la que las carencias iniciales de la madre se deben a su escasa edad, a su trayectoria de inmigración, pero no tienen origen en ninguna causa atribuible a la voluntad de la madre (alguna adicción, maltrato, violencia o negligencia del hijo) y tampoco ninguna carencia psíquica o física inamovible. Sin embargo, el juzgado de distrito el 6 de septiembre de 2011 fija (de un modo similar al caso *M.L. v. Noruega* que hemos visto *supra*) las visitas en una hora seis veces por año. La finalidad es que el niño tenga conexión con sus raíces culturales, ya que por otro lado no se sabe si las capacidades de la madre para el cuidado van a mejorar y si la orden de acogimiento acabará siendo más larga.

3. La elección de la familia de acogida contra la voluntad de la madre

65. Finalmente, el niño fue asignado en acogimiento a una familia de padres cristianos. En un inicio la familia de acogimiento que es muy practicante indica que respetará la cultura del niño, pero ya el 3 de octubre de 2012 los servicios sociales envían una carta a la madre con distinta información sobre la buena integración del niño en la familia de acogida en la que asumen que el niño participa en toda la vida social de la familia, incluidos los actos religiosos, como la asistencia a la iglesia. Poco después, el 11 de septiembre de 2013 los servicios sociales solicitan a la junta que se le retire a la madre la patria potestad y que se pida el consentimiento para la adopción por parte de los padres de acogimiento. Como solicitud alternativa, se pide que se niegue el contacto de la madre con su hijo (Ver *Abdi Ibrahim*, § 32). En la respuesta de la Junta se ofrecen dos razones para conceder la adopción: una que el niño ya tiene apego a su familia de acogida, y otra que la madre no va a ser capaz nunca de proporcionarle el cuidado debido (Ver *Abdi Ibrahim*, § 35). Cara al niño se considera que la adopción le proporcionara una mayor estabilidad que un acogimiento a largo plazo y que reforzara su identidad, aunque a su vez se afirma que se le debe dar información sobre su familia biológica en el momento oportuno (Ver *Abdi Ibrahim*, § 36), cuestión, por ejemplo, a la que no se hace ninguna referencia en el caso de *Omorefe*.

66. Los argumentos de la Junta resultan un tanto contradictorios. Por un lado, se afirma que el niño ha sido dado en adopción tan tempranamente que no tiene ninguna relación con su cultura y sus raíces. Por otro lado, se sostiene que un contacto más adelante con su madre, cuando sea maduro, puede contribuir a su identidad y a desarrollar sus valores con respecto a su etnicidad.

67. La madre recurre ante el juzgado de distrito la decisión de la Junta. Un experto recomienda no proceder a la adopción y aumentar el contacto entre la madre y el niño. Pero el juzgado de distrito apoya todos los argumentos de los servicios sociales y de la Junta y ordena la adopción. En un razonamiento basado en hechos consumados, se afirma que en realidad la disvinculación con sus orígenes ya se ha producido desde el primer momento del acogimiento y que ya está integrado en su nueva familia con la que lleva viviendo cuatro años, desde que cumplió un año. En 2015, el Tribunal Supremo reitera estos mismos argumentos y aunque reconocen que la madre ha madurado se basan otra vez en los mismos informes que se realizaron cuando acababa de llegar a Noruega con 17 años. Como es apreciable, esta pauta de basarse en los informes previos a pesar de que las circunstancias han cambiado es la misma que hemos visto en el caso *Omorefe*. Además, afirma que hay que anteponer otras razones para la

adopción por encima del principio biológico. Para entonces, los padres de acogida hacen saber que en caso de adopción no admitirán el modelo de opción abierta permitido por la legislación noruega y que no quieren que el niño tenga contacto con la madre. Es más, añaden que una vez que sean padres adoptivos bautizarán al niño y le cambiarán su nombre. El Tribunal Supremo deja constancia en su sentencia de los esfuerzos que se han hecho para buscar una familia de acogida musulmana, no habiéndose hallado ninguna disponible. Una mayoría del Tribunal Supremo no encuentra que estos elementos sean de suficiente peso como para negar la adopción cuando para el niño esa es su única familia desde la infancia.

68. Aplicando los criterios sentados por el TEDH en la mencionada sentencia de Gran Sala *Strand Lobben v. Noruega*, el TEDH concluirá (como la Sala al tratar esta demanda en el presente caso) que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio porque no se ha realizado un ejercicio de proporcionalidad adecuado y las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de poner los medios adecuados para la reunificación del niño con su madre biológica.

4. El criterio del origen étnico, cultural y religioso del menor a la hora de elegir familia de acogida debe ser uno entre otros más

69. De los Tratados internacionales y de un estudio comparado realizado por el TEDH entre los países miembros del Convenio se concluye que entre los criterios de la búsqueda del mejor interés del menor, el de tener en cuenta sus orígenes religiosos, étnicos, culturales y lingüístico no constituye una obligación independiente en sí misma, sino que es un elemento más a sopesar entre otros muchos en la elección de una familia de adopción que responda al bienestar del menor y a su interés superior, no siendo este un criterio de ningún modo decisivo (*Abdi Ibrahim*, §§ 79 y 82). Por otro lado, los Tratados Internacionales protegen el derecho de los padres adoptantes a educar al niño conforme a sus propios creencias y valores, y no conforme a las creencias o religión de sus padres biológicos, con independencia del respeto a la toma de decisiones que el menor vaya adoptando según vaya madurando.

Una novedad en este caso es que el TEDH no sólo declara que ha habido una violación del art. 8 por la falta de medidas para mantener el contacto con la madre con su hijo, sino que profundiza en un modelo que podríamos denominar de acogimiento permanente como una alternativa a la adopción en este caso concreto. En la sentencia no se utiliza este término en sí mismo, pero se afronta el hecho de que lo que la demandante solicitó a los tribunales domésticos noruegos y también ante el TEDH es la posibilidad de combinar el hecho de que su hijo siguiera de modo permanente en la familia de acogida, pero manteniendo ella la patria potestad y teniendo derecho a tener contacto y/o visitas con su hijo. Su oposición a la adopción se veía agravada por el hecho de que los padres adoptantes se habían opuesto a una adopción abierta, con lo cual la adopción *de facto* y *de iure* impedía cualquier derecho de la madre biológica a visitas y contacto con su hijo tras la adopción (ver *Abdi Ibrahim*, § 148). El TEDH reconoce que una adopción implica la colocación permanente de un niño en su nueva familia con exclusión de cualquier contacto con su familia biológica, y con exclusión de cualquier futura reunificación legal. Es decir, la patria potestad de los padres biológicos no es ya recuperable y la adopción una vez que se ha producido es irreversible. Esto es también así en los escasos países europeos que contemplan en su legislación la posibilidad de la adopción abierta, que exige siempre además el consentimiento de los padres adoptantes.

5. La petición de la demandante versa sobre mantener el derecho de visitas tras la acogida y/o la adopción frente a la ruptura definitiva del vínculo entre madre e hijo

70. La privación de la patria potestad y la colocación de un niño en una familia de adopción debe hacerse sólo basado en unas exigencias de grave peso a favor del interés superior del menor y tras una valoración con un escrutinio estricto de su necesidad (*Abdi Ibrahim*, § 149), concepto al que ya hemos hecho referencia en la sentencia *M.L. v. Noruega*. La peculiaridad de este caso, en el que la demandante

no pide recuperar la guardia y custodia (la reunificación familiar), lleva al TEDH a insistir que también en este caso las autoridades domésticas tenían obligación de preservar los vínculos familiares. De hecho, eso es lo que la demandante ha reclamado a lo largo de todas las instancias judiciales y ante el TEDH. Por eso el TEDH va a examinar si las autoridades domésticas han dado suficientes razones para justificar una completa y definitiva ruptura de los lazos entre la madre y su hijo, y si hubo unas exigencias de peso a favor del interés del menor, y una ponderación adecuada de los intereses en juego.

71. Primero el TEDH indica que el Tribunal Supremo no ha respondido a la demanda concreta de la recurrente que lo que pedía era sólo mantener el contacto con el niño y que dicho Tribunal no ha considerado la posibilidad de buscar una alternativa en la que los derechos de la madre fueran respetados a la vez que los del niño, ya que la madre no se oponía a que el niño estuviera en la familia de acogida y su oposición a la adopción era porque no era una adopción abierta.

72. En cuanto al argumento de que el menor no respondía adecuadamente a las visitas de la madre, el TEDH considera que no se puede dar peso a ese hecho, dado que a la madre se le habían otorgado escasas horas de visita de su hijo al año. De este hecho no se podía inferir que no hubiera sido bueno para el niño el haber mantenido contactos con su madre en un futuro.

El Tribunal Supremo ha dado más peso a los deseos de los padres adoptantes de no aceptar una adopción abierta que a los deseos de la madre a favor de una adopción abierta o de un acogimiento permanente que le hubiera permitido tener contacto con su hijo. En cuanto al argumento de que la madre si no se concedía la adopción podría seguir usando sus derechos procesales para lograr aumentar su derecho de visitas, se responde como en casos precedentes (véase *M.L. v. Noruega*) que los derechos procesales de los padres biológicos de acceso a los tribunales conforme a lo que esté previsto en la legislación nacional forman parte de su derecho al artículo 8 del Convenio (Ver *Abdi Ibrahim*, § 154).

6. La ponderación del derecho a la vida familiar desde la perspectiva de preservar en la medida de lo posible los orígenes culturales, étnicos y religiosos a la luz del artículo 9 del Convenio sobre libertad religiosa

73. Sobre la cuestión de los orígenes culturales, étnicos y las creencias religiosas, el TEDH hace un análisis relacionado con el artículo 8 bajo el artículo 9. Es decir, el deseo de la madre de que el niño sea educado en la religión musulmana debe ponderarse con otros derechos, de un modo conjunto. El TEDH indica primero que el Tribunal Supremo priorizó los deseos de los padres de acogida de educar al niño en la religión cristiana, pero ello no sólo afecta a ese aspecto, sino que los padres adoptivos al negarse a una adopción abierta también se han opuesto a tener en cuenta otros aspectos relacionados con la etnicidad, la cultura, la religión, la conversión religiosa, especialmente a la luz de las diferencias entre los expresos deseos de la demandante de educar a su hijo en su cultura y en su religión, frente a las creencias de los padres adoptantes (Ver *Abdi Ibrahim*, § 155).

74. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que en la medida de lo posible la Convención de los Derechos del Niño aconseja que se tenga en cuenta este elemento si se puede respetar una continuidad en la educación del niño conforme a sus orígenes culturales y religiosos. Pero justifica la elección realizada por las autoridades de esa familia de acogida a la vista de que otros intentos por encontrar a una familia de cultura similar a la de la demandante fracasaron por falta de familias disponibles. Por otro lado, como el Tribunal Supremo tenía que decidir sobre la adopción ya después de que el niño había convivido con esa familia durante cuatro años dio más peso a la integración del niño en esa familia en lugar de acrecentar las diferencias culturales o religiosas (Ver *Abdi Ibrahim*, § 158).

75. El TEDH ante estos hechos aclara que su jurisdicción se limita a los hechos de la demanda que se ciñen a los procedimientos judiciales de 2013-2015, de manera que la decisión sobre la elección de la familia de acogida queda fuera de su jurisdicción. Sin embargo, del razonamiento del Tribunal Supremo

se deduce que la decisión de este último estuvo vinculada al hecho de la elección de familia que se había hecho en 2010. Esa inicial elección de esa familia en 2010 condicionó la decisión del Tribunal Supremo en 2015 de privar a la madre de la patria postestad y en autorizar la adopción (Ver *Abdi Ibrahim*, § 159).

76. Es decir, no hay otras razones que tengan que ver con la incapacidad de la madre, sino que era ya un hecho consumado que el niño estaba siendo educado de un modo determinado conforme a los valores de su familia de acogida. Según el Gobierno noruego, se hicieron muchos esfuerzos sin éxito para encontrar una familia de acogida somalí y la propia demandante renunció en el curso del proceso a su petición inicial de que el niño fuera colocado en una familia somalí o de religión musulmana (Ver *Abdi Ibrahim*, § 160).

77. El TEDH reconoce estos esfuerzos y afirma que la exigencia del artículo 8, interpretado a la luz del artículo 9, no exige que la familia de acogida sea de la misma cultura o del mismo origen religioso y que ese aspecto puede cumplirse de otros modos. Sin embargo, la Gran Sala está de acuerdo con la sentencia de la Sala que los preparativos para que la demandante pudiera tener contactos regulares con su hijo, culminando en la adopción, no tuvieron en cuenta los intereses de la demandante en permitir a su hijo al menos tener algún vínculo con sus orígenes culturales y religiosos (Ver *Abdi Ibrahim*, § 161).

78. En su conjunto, el TEDH encuentra una violación del artículo 8 porque al privar a la madre de su patria potestad y autorizar la adopción las autoridades domésticas no dieron suficiente peso al derecho de la demandante a su vida familiar, en particular al interés mutuo de la madre y el niño en mantener sus vínculos familiares y relaciones personales, y en consecuencia la posibilidad de mantener contacto. Las razones dadas a favor de esa decisión no fueron suficientes para demostrar que las circunstancias del caso justificaran una completa y definitiva ruptura de los vínculos entre el niño y su madre y que estuviera motivada en un requisito primordial para el interés superior del menor (Ver *Abdi Ibrahim*, § 162) y que no se tuvieron en cuenta debidamente todos los intereses en juego.

7. La no aplicación del artículo 46 del CEDH en este caso concreto

79. En relación con la necesidad o no de utilizar el artículo 46 del Convenio para indicar medidas individuales concretas en la demanda en cuestión, el TEDH consideró que no era necesario, ni oportuno señalar ninguna medida individual, ni general. La cuestión la suscitó la propia demandante en un momento procesal muy tardío, a saber, durante la propia vista, sin haberlo planteado antes por escrito ni ante la Sala, ni ante la Gran Sala. Sin precisarlo de un modo claro, parecía referirse a la posibilidad de que la Gran Sala ordenara la reapertura del proceso de adopción. Además, cito como referencia las dos sentencias contra España, Haddad y Omorefe como precedentes. La sentencia de GS remite a las medidas individuales que se propusieron en ambos casos, que de ningún modo ordenan una reapertura de la situación de adopción en el caso de Omorefe (en Haddad se trataba todavía de un acogimiento preadoptivo). En ambos casos se remite al criterio del mejor interés del menor y a los tribunales domésticos para que ellos tomen las medidas oportunas. Además, la situación es diferente porque para empezar en el caso Haddad no se había culminado la adopción, y así y todo la Sala aclaró que no tenía competencia para otorgar lo que el padre reclamaba, que era que inmediatamente el Tribunal ordenara la devolución de su hija. La parte operativa de la sentencia, como hemos visto antes, remite a los tribunales domésticos para que tengan en cuenta si se podría de alguna manera restaurar el derecho de la menor a conocer a su padre y a sus dos hermanos.

80. En cuanto al caso de Omorefe, la Sala se remite a una indicación que había realizado el propio tribunal español y se vuelve a remitir a las instancias internas para que en caso de que así lo solicite la demandante a través de un recurso de revisión y en caso de que fuera viable y en el mejor interés del menor pudiera conocer a su madre biológica. Pero todo ello, no es algo que haya ordenado directamente el TEDH. La adopción ya realizada en España tiene carácter irreversible y la adopción abierta requiere el consentimiento de los padres adoptivos.

Volviendo al presente caso, el Tribunal indica que el niño y sus padres adoptivos disfrutaban ya de una vida familiar común y que cualquier medida individual supondría una interferencia con su actual vida de familia. Además, estos aspectos no han sido alegados durante el proceso, ni se ha hecho un análisis de los mismos en la presente sentencia (Ver *Abdi Ibrahim*, § 183).

81. En cuanto a medidas generales relacionadas con la legislación noruega, el Tribunal es consciente de la información a su disposición sobre los esfuerzos que Noruega está haciendo para ejecutar las sentencias del TEDH en esta materia concerniente a los distintos tipos de medidas de bienestar de los menores y también de que dicho país está en el proceso de poner en vigor una nueva legislación. Por tanto, considera que no es necesario indicar ninguna medida general. En los temas relacionados con menores, como hemos dicho previamente, el paso del tiempo es irreversible. En consecuencia, desgraciadamente hay situaciones que ya no pueden ser revertidas.

IX. Algunas conclusiones: La actitud del juez en casos de declaración de desamparo y acogimiento y la motivación de la sentencia

1. La actitud del juez y la motivación de la sentencia

82. En cuestiones tan delicadas como las que venimos tratando, el juez debería tener una actitud de escucha de todas las partes implicadas y recabar *motu proprio* pruebas e informes con premura para ser capaz de conocer los hechos de primera mano.

83. En los casos examinados que han sido visto por muchas instancias judiciales se observan distintas actitudes por parte de los jueces. Algunos se implican en la cuestión y recaban información, no aceptan los datos como *fait accompli* (hechos consumados) sino que escuchan a los padres biológicos, llaman como testigos a las personas que les han acompañado en su proceso de inmigración, asistentes sociales o asociaciones de barrio o de inmigrantes que les hayan conocido de primera mano, al margen de los técnicos de la propia administración implicada, que es parte interesada (véase en el caso *Omrefe* la sentencias de lo civil de primera instancia de 2015).

84. Esa diversa actitud, se refleja también en la motivación y la argumentación de la sentencia. Algunas reproducen mecánicamente lo aportado por la administración, sin atender a la posible evolución de las circunstancias, otras reflejan un mayor acercamiento del juez al caso concreto. Otras son muy breves y carecen de motivación. Y no faltan las que muestran la implicación del juez y la actitud de escucha e interés personal por informarse bien de la situación de los padres y los menores, adoptando un papel activo.

2. El juez como intermediario entre las partes en los procesos de acogimiento y la correcta evaluación del cambio de las circunstancias

85. El juez nacional en los procedimientos de declaraciones de situación legal de desamparo, así como en todos los pasos posteriores de posibles acogimientos, pre-adopciones, adopciones, debería de actuar como garante de todos los implicados, y no solo del menor. El juez no debe adoptar un papel a priori de defensa de la administración, sino de todos los afectados por el proceso. Concretamente en lo referente a la solicitud de prueba y de la solicitud de informes periciales *ex officio*, sin conformarse con aquellos ofrecidos por los servicios sociales de la propia administración.

86. Especialmente, el juez debe atender a la evolución en las circunstancias de los padres biológicos (además de la evolución del menor) y no quedarse inmovilizado en los informes iniciales que han motivado una primera declaración de desamparo. En los dos casos españoles examinados, Haddad

y Omorefe, se produce una declaración de situación legal de desamparo solicitada por la administración y consentida por las madres biológicas, en las que la Comunidad Autónoma asume la tutela por procedimiento de urgencia y se adoptan medidas necesarias para la guarda ²⁹.

87. Especialmente en el caso de menores, la adecuación de una medida se juzga por la rapidez en su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre el niño y el progenitor que no vive con él, tanto a la hora de declarar una situación de desamparo, como a la hora de restablecer la guardia y custodia de los padres biológicos si la situación ha evolucionado favorablemente a favor de estos.

88. Ante unos hechos consumados y con el niño viviendo durante varios años en una familia de acogida, pre-adoptiva, una posible devolución del niño a sus padres biológicos o una toma de contacto (cuando en ocasiones puede ni siquiera saber que sus padres viven o no los haya visto nunca) podría ser contraria al interés del menor.

89. Por otra parte, tanto las administraciones, como los jueces deberían priorizar la búsqueda de soluciones en este tipo de casos y no demorar los procedimientos judiciales. Algunas posibles alternativas al acogimiento en vías a la adopción podrían ser los acogimientos temporales o permanentes con personas del mismo entorno familiar o cultural u otras (ver experiencias de buenas prácticas recogidas en el último epígrafe del artículo). Incluso distinguir entre los padres que están en lista de espera porque desean adoptar frente a otros que no les importaría tener un menor en acogida permanente tutelado por la administración y con la ayuda de eta. Otra alternativa es emplear todos los esfuerzos en apoyar la socialización, empleo, vivienda, talleres laborales, aprendizaje del idioma de esa madre inmigrante con carencias de todo tipo, en lugar de hacer toda una inversión de psicólogos y servicios sociales para prohibirles el contacto con sus hijos. En algunos casos, hemos visto que las asociaciones de barrio, las ONG's y la misma sociedad civil han ayudado mucho más a través del trabajo de voluntariado, teniendo muy pocos medios económicos, que los profesionales de las administraciones. El juez podría llamar como testigos a estos actores de la sociedad civil. La judicialización lleva a retrasar las soluciones y a dar por definitivas medidas que deberían haber sido sólo temporales ³⁰.

90. Como hemos visto, el TEDH lleva ya tiempo con una larga jurisprudencia estableciendo unos criterios. Esa línea jurisprudencial se ha mantenido, si bien hay una nueva insistencia del TEDH en afirmar que “La decisión de tutelar un niño debe considerarse en principio una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reunir al padre biológico y al menor” (*K.T. v. Finlandia*, § 178), (citado en *Haddad v. Spain* § 54).

²⁹ M.V. DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, 2000.

³⁰ S. FLORESCU, “The importance of time in child protection decisions; a commentary on *Haddad v. Spain*”. Leiden Law School, the Child Law Department, *Strasbourgobservers.com*, September 12, 2019:

“In line with its well-established case law the Court proceeded to assess (i) whether the decision making process was fair, allowing the applicant to properly participate in the proceedings and (ii) whether the Spanish authorities appropriately discharged of their positive obligation to take all reasonable measures for reunification of the applicant with his daughter. The Court found no issues with the decision making process as the applicant was represented by a lawyer and he had the opportunity to challenge the domestic decision. The Court did however rule that the Spanish authorities had not adequately complied with their positive obligation to take all necessary steps in facilitating the father daughter reunification. For the Court it was particularly problematic that the authorities did not change their attitude following the applicant's acquittal. The authorities did not conduct any personalized assessment of the situation in light of the new circumstances. Also, they did not appropriately assess the applicant's parenting capabilities. Of special importance was the fact that the lack of contact between the applicant and his daughter was caused by the restraining order and it was precisely this lack of contact which served as a justification by the authorities for placing the daughter in pre-adoption proceedings. I would also like to highlight that – somewhat unusually – the Court ordered Spain to reexamine in a short delay the case in the light of this judgment”.

91. Concretamente, el propio Código Civil español prevé en su artículo 173 bis la posibilidad de utilizar figuras como el acogimiento similar simple o el acogimiento familiar permanente, antes de dar paso a la guarda con vistas a la adopción en su artículo 176 (anteriormente denominada acogimiento pre-adoptivo) o a la adopción definitiva.

92. Muchas veces dadas las circunstancias, puede haber una cierta previsión de que la familia de acogida terminará siendo la familia de adopción. Sin embargo, lo que hemos observado en estos dos casos es que ya se eligió a las familias pensando directamente en la adopción. Esto podría causar también una injusticia con esas propias familias de acogimiento porque no se les ha informado adecuadamente sobre las posibles soluciones de futuro, entre las que se encuentra el retorno del menor a la familia de origen. De esta jurisprudencia, se infiere que la información a los padres de acogida debería ser más clara. Además, esas familias de acogida o pre-adoptivas se ven directamente afectados y sin embargo no son parte en el procedimiento o lo son de un modo pasivo sufriendo sus consecuencias.

3. Las partes afectadas en el proceso interno. Los padres adoptivos y/o los padres de acogida

93. Una peculiaridad en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que las partes afectadas en el proceso doméstico no son parte en la demanda ante Estrasburgo. Las partes contenciosas son el demandante contra el Estado. Son los abogados del Estado los que defienden la legitimidad de los procedimientos domésticos, y en cierto modo apoyan las actuaciones de las administraciones, de los tribunales y de otros implicados cuando se dirimen controversias entre particulares a los que les ha podido favorecer la sentencia interna. Curiosamente lo que se denomina en el derecho del Convenio “terceras partes” nada tiene que ver con ello. Son habitualmente ONG’s, otros Estados, universidades que pueden ser aceptados para aportar información jurídica sobre el tema, pero deben de abstenerse de analizar o entrar en el caso concreto pendiente de resolverse.

94. Al respecto, el juez Pastor Vilanova publicó un artículo remarcable apuntando esta problemática³¹. Es esta una discusión viva en el propio Tribunal de Estrasburgo. Por ejemplo, en el caso *Strand Lobben c. Noruega*, que se llevó a la Gran Sala, cuando por primera vez se decidió informar a los padres adoptivos del proceso por si querían aportar alguna información al proceso en curso. No quisieron hacer uso de ese derecho, pero es loable haberles brindado esa oportunidad. En el caso *Ibrahim v. Noruega*, los padres adoptantes se personaron en el proceso como terceras partes y se refirieron a los derechos de los cuatro hermanos adoptivos a convivir con el niño adoptado (*Ibrahim v. Noruega*, §§ 128-129). También en el caso español Omorefe la Sala invitó a los padres adoptivos a presentar por escrito información sobre el caso. En la mayoría de las ocasiones, ni los padres de acogida, ni los padres adoptivos tampoco son parte en los procesos domésticos.

95. En otro tipo de procedimientos relacionados con la guarda y custodia, o procesos de secuestro internacional también a uno de los padres biológicos, que no era el demandante, se le ha permitido acudir al Tribunal como tercera parte y presentar un informe escrito. Por ejemplo, en *Y.Y and Y.Y. v. Russia*, el padre aportó sus propias observaciones, evidencias, documentos y opiniones, desafiando la versión de la madre que era la demandante. La decisión de permitir al padre intervenir como tercera parte fue otorgada a requerimiento del padre por el vicepresidente de la Sección, en virtud del artículo 36 § 2 de la Convención y la Regla 44 §3 de las Reglas del Tribunal. El padre que actuó como tercera parte no tenía la custodia del niño, a quien él había secuestrado en el parvulario y se oponía a devol-

³¹ P. PASTOR VILANOVA, “Las terceras partes involucradas en procedimientos contenciosos internacionales. ¿Quiénes son los terceros para el TEDH?”, en María Elósegui, Carmen Morte, Anna-María Mengual, Guillem Cano, (Coords.), *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa. La organización internacional explicada por sus funcionarios españoles con ocasión del 60 aniversario del TEDH y 70 del COE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

vérselo a la madre, aunque la madre lo recuperó finalmente³². También en el *caso Y.S. y O.S. v. Russia*, concerniente al secuestro de un menor por su madre, quien le llevó de Ucrania a Rusia, se le permitió al padre que tenía la guardia y custodia, acudir al Tribunal como tercera parte, ya que la demandante era la madre que no tenía la custodia³³.

X. Experiencias de acogimiento familiar permanente. Ejemplos de buenas prácticas en Guipuzcoa/Gipuzkoa³⁴

96. Como colofón de este artículo, se ha realizado una pequeña investigación de la práctica real del procedimiento de acogimiento llevado a cabo en la provincia de Guipuzcoa, por parte de la Diputación Foral de la misma. Lo aquí expuesto, quiere ser un botón de muestra de que son posibles modos de hacer respetuosos con los criterios indicados por el TEDH. Esta institución Foral, como muchas otras, trabaja con la ayuda de la intermediación de varias ONG's profesionales dedicadas al acogimiento y en contacto con las instituciones públicas. En esta provincia también son varias las entidades que trabajan en el acogimiento y adopción: Lauka, Baketik, Beroa, Lauka y Agintzari. El Centro Lauka es una sociedad limitada, dirigida por tres profesionales, que actualmente cuenta con un equipo de 62 trabajadores, en su mayoría psicólogos de formación³⁵. Su especialidad es el trabajo en acogimientos voluntarios y guardas con orientación a la adopción.

97. Una peculiaridad de la Diputación Foral de Gipuzkoa es la posibilidad de establecer un acogimiento familiar permanente y con contacto con la familia de sangre (más del 90% de los casos). En esta modalidad, esta institución provincial mantiene la tutela del menor y se hace un seguimiento del tutelado hasta que esté cumple 23 años. Es decir, se le ayuda hasta su posible emancipación. Algunos de estos menores siguen siempre en su familia de acogida y pueden pasar también a ser adoptados cuando cumplen 18 años si la familia acogedora y ellos lo desean, según se vaya evolucionando en esa relación y también teniendo en cuenta el factor de la familia biológica. Estos acogimientos permanentes se hacen en principio no de cara a un retorno a la familia biológica, pero sí del mantenimiento de un derecho de visitas.

En 2017 se legisló en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba la actualización del instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo de los Servicios sociales, Municipales y Territoriales de Atención y Protección a la Infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BALORA), con un texto de uso obligatorio por parte de los servicios sociales municipales y territoriales de Atención y Protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad del País Vasco³⁶. En este diagnóstico, se estudia con ayuda de profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales el pronóstico de recuperación de esos padres biológicos (generalmente, madres). Si existen circunstancias no recuperables que hacen imposible no sólo el ejercicio de la guardia y custodia (ya existe una declaración de desamparo), sino también el contacto (visitas) con los hijos/hijas, entonces no se permite la relación. Por ejemplo, esto sucede en el caso en que haya maltrato crónico, que no tiene que ser sólo un maltrato físico, o cuando determinadas problemáticas derivadas de una situación de desadaptación y /o aisla-

³² ECtHR, *Y.Y. and Y.Y. v. Russia*, nº 43229/18, § 44, 15 febrero de 2022. Para un estudio más detallado de la representación de los menores en el TEDH, véase M. Elósegui, "The Subsidiarity Principle and its application to the Representation of Children before the European Court on Human Rights", *Liber Amicorum Judge Robert Spano*, Bruselas, Anthemis, 2022. En prensa.

³³ ECtHR, *Y.S. and O.S. v. Russia*, nº 17665/17, 15 de junio de 2021.

³⁴ Cristina Herce de la entidad Lauka es directora del Servicio de Asistencia Técnica en El Acogimiento Familiar de Menores en Situación de Desprotección/Basbesik Gabeko Egoeran Dauden Adingabeen Famili-Harrera Zerbitzuaren Zuzendaria) y Cristina Achucarro, dirige el Programa de Formación y Selección de Familias Acogedoras de dicho Servicio.

³⁵ Una de las familias que tiene un hijo en acogimiento me puso en contacto con la entidad Lauka. Por otra parte, el juzgado de lo civil de San Sebastián/Donostia me facilitó el contacto con la jurista de la Diputación Foral de Guipuzcoa/Gipuzkoa, Lupe Imaz, que se encarga de estos procedimientos con las familias y ante el juzgado. Le agradezco enormemente toda la información que me facilitó sobre la puesta en práctica en esa provincia de lo previsto en el Código civil.

³⁶ El Decreto incluye una taxonomía de necesidades básicas en la infancia y adolescencia e indicadores para su evaluación, así como una guía instrumento (Fecha de la última modificación: 06/09/2018).

miento social, de toxicomanía, trastornos psiquiátricos severos, a veces sin diagnosticar, hacen que las visitas, en caso de producirse, fueran tóxicas.

98. Una cuestión importante es la de la posibilidad o no de retorno a su familia biológica. Esta entidad de profesionales hace una valoración global de la familia biológica. Cuando se trata por ejemplo de situaciones de precariedad de los padres, por encontrarse en situación de drogadicción, alcoholismo etc, el menor no puede estar en una situación continua de incertidumbre y necesita estabilidad. Es decir, no debe estar en una situación transeúnte dependiendo de la evolución de la salud de sus padres biológicos. Se analiza y se hace un seguimiento de los padres y se ve si es compatible con que el menor no pierda el vínculo con ellos. Se intenta al máximo preservar ese vínculo, en la medida en que no sea perjudicial para el menor. A través de los servicios sociales del Ayuntamiento y de los programas de preservación familiar se hace un esfuerzo por reforzar a la familia biológica.

Por tanto, se distinguiría entre estas familias no capacitables ni a corto, ni a largo plazo, frente a otras con un pronóstico de capacitación, en la que con ayuda de esta entidad y de los servicios de la administración es posible establecer unas visitas con apoyo (si el apoyo es necesario). Es en estas situaciones en las que se establece ese acogimiento permanente, sin pasar por un acogimiento temporal. Este modelo es más respetuoso con los derechos del niño y de la familia biológica porque el niño se encuentra más arraigado, conoce a su madre, padre y hermanos, y la familia biológica está incentivada para mejorar. Si la situación mejorara muchísimo en la recuperación del padre y/o la madre biológica y en el cambio de circunstancias que han originado la tutela de la administración, el acogimiento permanente es en teoría reversible, si ello responde al interés superior del menor.

99. Si en los dos primeros años de acogida tras el desamparo, la situación de la familia biológica no ha revertido, el acogimiento familiar se convierte, o continúa siendo, permanente; a partir de ese plazo de tiempo, la familia biológica tiene derecho a presentar nueva información que dé cuenta de sus cambios, pero ello no implicará un retorno para el niño, que solo se produciría en el caso de que el acogimiento familiar no fuera bien y se vea que un retorno sería más adecuado; la falta de adaptación en la familia de acogida no suele ser nada frecuente porque suele darse una previa y adecuada valoración y selección de la familia.

100. En opinión de estos profesionales, los dos primeros años del menor son muy importantes. Entienden que se debe encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los padres biológicos y la protección de los derechos del menor. Estamos hablando de situaciones en la que los padres biológicos viven y están en el entorno del menor. Hay que compaginar lo previsto en el Código Civil de que a los dos años ya no se puede recuperar la patria potestad, con estas situaciones en las que se da un proceso de acogimiento apoyado por las administraciones que están en contacto con la familia acogedora. La administración sigue teniendo la tutela y la patria potestad está suspendida, pero no se ha llevado a cabo una privación de la misma porque esto es compatible con el acogimiento permanente, en el que los padres de acogida son guardadores, pero no tienen la patria potestad, lo que no sería posible en una adopción que requiere privación de la patria potestad de los padres biológicos y tutela de los padres de adopción.

101. Por parte de las familias acogedoras en Guipuzcoa, un elemento importante es que éstas provienen de un listado diferente al de personas y familias que quieren adoptar. En la mayoría de las Comunidades Autónomas, el acogimiento se ve como un paso para la adopción, por eso se ha denominado hasta ahora acogimiento preadoptivo. Y en muchas de ellas, si los padres no se han recuperado en dos años se procede ya a dar los niños en adopción y a romper todo vínculo con sus padres biológicos, en la línea habitual hasta el presente de intentar cortar todos los vínculos e incluso el conocimiento sobre su familia de origen. Esto ha sido lo común y lo sigue siendo todavía en muchos casos.

102. Este intento de salvar los vínculos con una mayor dedicación y apoyo a la familia biológica es bastante novedoso. La selección de estas personas y familias acogedoras es diferente a la personas y familias que quieren adoptar, aunque si posteriormente por ejemplo los progenitores fallecieran, estos

niños serían adoptables por la familia de acogida y no por una nueva familia de adopción. El primer paso que se da es el de buscar esas personas de acogida en el propio entorno familiar, comenzando por abuelos, abuelas, tíos, tías. Es decir, la familia extensa.

103. Esto ha dado muy buenos resultados porque hay que tener en cuenta que los acogedores cuentan con el apoyo de la administración, para empezar económico y además psicológico. Es decir, la Diputación de Guipúzcoa da una ayuda económica mensual para gastos ordinarios del menor, se hace cargo del pago del refuerzo educativo del menor, hace de mediador entre la familia de acogida y la biológica, apoya las visitas de los padres biológicos al menor. Con todo ello, la familia acogedora no se ve sólo y por otro lado, en el supuesto de que no tengan muchos medios económicos, los gastos que genere el menor estarían sufragados por la administración. También en el caso de que haya varios hermanos de una misma madre se les sitúa en familias cercanas y se promueve el conocimiento y el trato entre ellos desde el inicio.

104. Hay ocasiones en las que la familia acogedora solicitante, sea extensa o ajena, no reúne las condiciones para un acogimiento de modo permanente del menor o incluso una adopción. En estos casos, si no están conformes con las razones dadas por la administración, cabe que interpongan un recurso judicial. El Decreto 179/2018, de 11 de diciembre por el que se regula el acogimiento familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al igual que la anterior ley de referencia, la Ley 3/2005 de 18 de febrero, prioriza a las familias extensas frente a las ajenas; pero ambas tienen que cumplir los requisitos de adecuación estipulados. Todas las familias pueden recurrir su resultado en el juzgado. La Diputación Foral de Gipuzkoa otorga a todas las familias, sean extensas o ajenas, los mismos derechos y obligaciones y, en este sentido, todas las personas y familias acogedoras son objeto de valoración y seguimiento. Todas reciben la misma dotación económica mensual, en concepto de ayuda para el cuidado del niño o niña acogida, que es superior en caso de que el niño o niña tenga necesidades especiales y, por tanto, requiera más dedicación. En el caso de Gipuzkoa, la proporción de familias ajenas es superior a la media nacional.

105. En los momentos iniciales en los que se debe actuar con urgencia ante el abandono o el maltrato de un menor, se busca una familia de acogida de urgencia para seis meses, que luego puede pasar a ser acogimiento familiar temporal o permanente o derivar en una adopción según la evolución y las circunstancias. Lo habitual es que el niño pase de la familia de acogida de urgencia a una familia definitiva, que suele ser otra. No obstante, si una familia de urgencia se ofrece para el acogimiento temporal, y si la familia temporal se ofrece para el acogimiento permanente, una vez valorada la adecuación para ello, la Diputación Foral de Gipuzkoa va a respaldar esa posibilidad, ya que redundará en la estabilidad del menor.

106. El objetivo prioritario por parte de los servicios sociales es intentar la continuidad y evitar que los menores tengan una vida fragmentada con cambios de familias. La mayoría de los acogimientos son permanentes, porque ya se ha indicado previamente que se invierten muchos recursos para evitar la separación, y que, en la mayoría de casos una vez que se ha decretado el desamparo, el retorno puede no ser viable. Muchas veces, sobre todo al inicio, las visitas a la familia biológica se realizan con el acompañamiento de un profesional. Por otro lado, no se debe imponer al menor esas visitas a los padres biológicos, que incluso en muchas ocasiones están separados. Es decir, la situación de acogimiento permanente las permite, pero no las exige. En ocasiones los efectos pueden resultar contraproducentes para el menor si es testigo del deterioro de su madre biológica (casos de drogadicción, alcoholismo). Sí que se tiene muy en cuenta el derecho de visitas a las abuelas y abuelos, sobre todo cuando estas han manifestado la voluntad de ofrecerse para el acogimiento permanente, pero se ha visto que no era adecuado este último porque por la edad o debido a sus circunstancias no lo podían asumir. Todas las solicitudes de visitas son objeto de valoración, y todos los casos tienen un plan de contactos que se revisa periódicamente, al igual que la conveniencia, o no, de que cuenten con acompañamiento profesional. Al inicio del acogimiento, lo habitual es que las visitas cuenten con el servicio de supervisión o acompañamiento y, de hecho, el mismo puede llegar a mantenerse muchos años. Sin embargo, en la medida en que se valora que se puede

prescindir, el acompañamiento se deja de hacer. Por otro lado, se organizan las visitas en un contexto lo más normalizado posible, considerándose tanto un derecho del niño como de la familia biológica.

107. Como hemos indicado, hay una gran diferencia legal y práctica entre el acogimiento permanente y la adopción abierta porque en el primero es la administración la que tiene la patria potestad y la tutela, y no los padres acogedores; mientras que en la adopción son los padres adoptantes los que asumen la tutela y la patria potestad, y toman ya todas las decisiones sobre los menores, y la administración desaparece de esa relación. Si se estableciera una adopción abierta el juez establecería las medidas acordadas de posibles visitas etc, entre las dos familias y debe hacerse siempre con el consentimiento de la familia adoptante y la del menor.

108. En este contexto de trabajo, este modelo de adopción abierta previsto en el Código Civil en la reforma de 2015, resultaría aplicable a este tipo de situaciones de acogimiento permanente en las que los menores ya son adolescentes o adquieren la mayoría de edad y quieren ambas partes, después de todos esos años de convivencia, proceder a una adopción.

109. Los datos concretos son que a fecha de 2020 había en Guipúzcoa 414 niños, niñas y jóvenes en familias de acogida, de los que 338 son menores de edad y otros 76 chicos y chicas siguen viviendo con ellas tras su mayoría de edad. Este programa de acogimiento familiar de la DFG lleva funcionando 33 años y es una figura de protección consolidada. También se ofrece una fórmula de apadrinar a través de otro proyecto a menores en acogimiento residencial con familias que hacen el papel de tíos o tías. En esta situación hay 158 personas, ayudadas por la asociación Baketik. En relación con la búsqueda de familias de acogida, concretamente la Diputación Foral de Guipúzcoa el 2 de noviembre de 2020 realizó una campaña de búsqueda de 60 familias de acogida, titulada “invisibles”, con el objetivo de visibilizar a los niños y niñas en situación de desprotección, y tratar de encontrar familias de acogida ³⁷. Respecto a la eficacia de este modelo es significativo el informe del Defensor del Pueblo Vasco (Ararteko) de año 2017, que fue cuando este sistema cobró auge. Este informe, sobre la valoración de los servicios sociales sobre la declaración de desamparo y medidas de acogimiento, refleja que las quejas recibidas tras la puesta en práctica de su recomendación General 1/2015 sobre la regulación del acogimiento familiar, eran infundadas y que la administración había actuado en la mayoría de los casos correctamente ³⁸.

³⁷ <https://www.gipuzkoa.eus/es/-/gipuzkoak-60-harrera-familia-behar-ditu>

³⁸ ARARTEKO, Derecho a ser protegido frente al abandono, el maltrato o la violencia. Informe sobre la actividad desarrollada en el año 2016 por la Oficina para la Infancia y la Adolescencia del Ararteko. 2016. https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?leng=cast&id_1=114&id_a=3260

La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad

Mediation in civil and commercial matters in Spain: From voluntary to mandatory

JORGE FELIU REY

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

*National Special Reporter for the ADR in the Enforcement of Security Interest and Insolvency
at the International Academy of Comparative Law*

Orcid:0000-0002-2315-6361

Recibido: 30.06.2022/ / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7189

Resumen: Ante un uso aún limitado de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, se han tomado diversas medidas para superar los diversos obstáculos para su implementación. Con este fin se entiende la transición legislativa desde un modelo de voluntariedad a uno de obligatoriedad a través de la fórmula del requisito de procedibilidad. En este trabajo, se analiza esta evolución y se valoran sus efectos. Además del legislador, las partes, por vía consensual, promueven también el uso de la mediación pactando su uso como vía previa al arbitraje, o mediante la hibridación de aquel método autocompositivo con este heterocompositivo.

Palabras clave: Mediación, arbitraje, voluntariedad, obligatoriedad, procedibilidad, MASC.

Abstract: Given the still limited use of mediation in civil and commercial matters in Spain, various measures have been taken to overcome the various obstacles to its implementation. The legislative transition from a voluntary model to a mandatory one based on a formula of the requirement of procedure is to be understood within such a strategy. In this article, this evolution is analyzed and its effects are assessed. In addition to the legislator, the parties, by agreement, also promote the use of mediation in their contracts, by agreeing on its use prior to arbitration, or through hybrid clauses.

Keywords: Mediation, arbitration, voluntary, mandatory, requirement of procedure, ADR.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas de las razones del no desarrollo de la mediación en España. III. La mediación voluntaria u obligatoria: Regulación legal, anteproyectos y proyecto de ley. 1. Marco normativo. 2. Voluntariedad u obligatoriedad: pasado, presente y futuro. A) Anteproyecto de LMACM (2011). B) Regulación actual: LMACM (2012). C) Los anteproyectos y proyecto de Ley. a) Anteproyecto de Ley de Medidas de impulso de la Mediación (2019). b) Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia del Servicio Público (2020). c) Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2022). IV. Interacción mediación-arbitraje. Cláusulas MED-ARB o ARB-MED-ARB. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* Este trabajo es fruto del informe preparado como National Special Reporter for the *ADR in the Enforcement of Security Interest and Insolvency at the International Academy of Comparative Law 2020-2022*. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Nacional "Innovación tecnológica de los sistemas de garantías mobiliarias: registros electrónicos, activos digitales y plataformas" (PID2019-107189GB-I00) y del Proyecto de Excelencia para el Profesorado Universitario de la Comunidad de Madrid (2018-2024).

I. Introducción

1. Cómo, o de qué manera, se entienden y resuelven los conflictos entre los miembros de una sociedad dice mucho del nivel cultural de la misma, de su grado de desarrollo. Efectivamente, no es lo mismo que los conflictos se resuelvan por la ley del más fuerte, a que se resuelvan por la intervención de un tercero. Y dentro de este último, no es lo mismo que este tercero actúe bajo unos principios o leyes establecidas, que a su libre albedrío. Del mismo modo, no es lo mismo que ese tercero utilice un sistema o aparato coercitivo que ampare la ejecución de lo decidido a que sean, en un estado utópico, las mismas partes quienes solucionen amistosamente el conflicto y las ejecuten por sí mismas, sin necesidad de que nadie les obligue a cumplir lo pactado.

2. Por tanto, sistemas o modos de resolver disputas hay variados, si bien podríamos agruparlos principalmente en tres grandes categorías que aglutinan formas más o menos puras o híbridadas de composición: autotutela, autocomposición o heterocomposición. La elección de uno u otro tipo, o de varios, y las razones que llevan a tal elección serán reflejo de los valores de la sociedad donde se apliquen y la forma de entender la resolución de los conflictos.

3. No se puede afirmar que el sistema de heterocomposición sea, siempre, el mejor de los modelos de resolución de controversias, ni que, a lo largo de la historia de humanidad, no hayan existido otros modelos¹ coexistentes o preferidos. De ahí que la autocomposición pueda ofrecer, en algunos casos y para determinadas materias², mejor solución a los conflictos, ya que son las partes por sí solas o con el auxilio de un tercero (pero sin que las partes estén vinculadas a la decisión de éste), quienes adoptan el acuerdo para finalizar la controversia, “que son quienes, mejor que nadie, pueden saber lo que más le conviene”³.

4. En este equilibrio o desplazamiento entre formas compositivas, surge otra interesante cuestión cuando nos preguntamos cómo estas diversas formas se articulan entre sí, actúan de forma combinada o mutuamente se excluyen y, en particular, si las partes pueden elegir la forma de resolución o composición o, por el contrario, viene ésta determinada por la norma. En definitiva, si las fórmulas compositivas responden a un régimen de voluntariedad o de obligatoriedad y, en este caso, en qué sentido. La percepción de la autocomposición como una ruta opcional, preferible en escenarios menos enquistados en el conflicto, tendería a ubicarla siempre en el terreno de la mera voluntariedad. Las partes optarían por estas fórmulas voluntariamente en aras de una resolución más amigable y consensuada. Sin embargo, razones de muy diversa índole pueden aconsejar que un ordenamiento jurídico promueva la autocomposición recurriendo a la obligatoriedad.

5. Partiendo de la premisa con la que hemos comenzado este trabajo y negando que la heterocomposición sea siempre el mejor y único de los sistemas posibles de solución de controversias⁴, vamos

¹ En este sentido, v. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, 7ª Ed. Colex, Madrid, 2012, afirma que “a lo largo de la historia, ni siempre la han acometido los Juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asumen con absoluta exclusividad, pues, al menos, en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos, o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales”.

² Se puede percibir una ampliación en el uso de la mediación. En este sentido, y como ejemplo, se ha producido una recientemente reforma en la Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en virtud de la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que incluye en su art. 21.6 que *la reclamación de los gastos de comunidad y del fondo de reserva o cualquier cuestión relacionada con la obligación de contribuir en ellos, también podrá ser objeto de mediación-conciliación o arbitraje, conforme a la legislación aplicable*

³ V. MORENO CATENA; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 41 (versión electrónica), aunque como bien explican estos autores, este mejor conocimiento, denominado en otras ciencias “como supuesto de racionalidad de los agentes, hay supuestos en que quiebra, y el Derecho llega a expropiar a las partes en conflicto la capacidad para elegir la forma de resolverlo”. Estos supuestos son aquellos supuestos donde las partes no tienen libre disposición o que la ley pretende proteger determinados intereses. En estos supuestos, las partes deben acudir a los órganos jurisdiccionales.

⁴ Estamos de acuerdo, entre otros, con el profesor Carretero, cuando afirma que “la tutela de dichos derechos e intereses no es algo atribuido en exclusiva al Poder Judicial, si bien es cierto que éste es, y ha de ser, el último baluarte al que los ciudadanos podrán acudir”, E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 40.

a centrarnos en una de las principales cuestiones que, en relación con la mediación, en concreto, en asuntos civiles y mercantiles, está siendo objeto de debate y modificación legislativa: la transición de un modelo de voluntariedad a un modelo de obligatoriedad.

6. De ahí que, comenzando por las razones que llevan a que este sistema de resolución de controversias no alcance el nivel de aceptación e implementación esperado en España, el objeto de este trabajo es exponer cómo ha sido la evolución de esta tensión entre la obligatoriedad y la voluntariedad de la mediación. Para ello se expondrá los diferentes textos legislativos, anteproyectos y proyecto de Ley que abordan esta materia, y trazar así el camino recorrido para una mejor comprensión del contexto de este gran cambio que se avecina.

7. El trabajo finalizará con una breve referencia a la introducción de la mediación en el arbitraje, convirtiéndose aquella, si así lo establecen las partes, en un paso previo al arbitraje.

II. Algunas de las razones del no desarrollo de la mediación en España

8. La aparición e impulso de la mediación puede obedecer a muchas razones y a motivos de diversa naturaleza, pero si hacemos un análisis simplificado y quizá algo simplista, podríamos afirmar que los motivos principales se podrían agrupar en dos: por una razón de eficiencia y/o por una razón cultural. Estos dos motivos son a su vez, en algunos casos, curiosamente la fuente de las fricciones que lleva a que los métodos alternativos de solución de conflictos (hoy denominado métodos adecuados de solución de controversias, en adelante MASC)⁵ no lleguen a conseguir la relevancia que con tanto anhelo se espera. De ahí que, cómo se entienda los MASC y, en concreto, la mediación, implicará su mayor o menor implementación en un país.

9. Efectivamente, en el caso español, la carga de trabajo que asumen los juzgados y tribunales ha sido y es, actualmente por las crisis soportadas y los efectos de la pandemia⁶, excesiva, afectando, por tanto, al derecho de la tutela judicial efectiva. Esto ha implicado una ralentización en los tiempos del proceso judicial y la búsqueda de políticas y mecanismos que permitan una descarga, una liberación de esa carga de trabajo, con la finalidad de que los órganos jurisdiccionales desempeñen correctamente su función. De ahí que, a la mediación, entre otros, se le haya querido dar un impulso con la adopción de medidas legislativas tendentes, precisamente, a impulsarla, pero en algunos casos más por una finalidad de descongestión de la administración de justicia, que como un cambio cultural en el entendimiento y resolución de los conflictos. Por tal motivo, entendemos que no se debe una sociedad aproximar a la mediación y a los otros MASC únicamente como una solución a esos problemas de eficiencia⁷, sino también y principalmente, como mecanismos que son óptimos para solucionar determinadas controversias, no sólo en el aspecto jurídico sino también en otros aspectos íntimamente relacionados y afectados por la controversia (social, psicológico, etc.)⁸.

⁵ Sobre este aspecto, en el cambio de denominación de “alternativo” por “adecuado”, y de “conflicto a controversia”, vid., entre otros, R. HINOJOSA SEGOVIA, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 5, enero-marzo, 2021, pp. 2 y 3. Igualmente, del mismo autor y más recientemente, R. HINOJOSA SEGOVIA, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 11, abril-junio, 2022, pp. 3 y 4.

⁶ A estas causas debemos añadir aquellas relacionadas con el incremento del número de operaciones comerciales, más si cabe con el uso de las nuevas tecnologías, y con las operaciones transfronterizas.

⁷ En este sentido son muy claras las palabras de D. VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 26 y ss., donde manifiesta que “la implantación de los ADR jamás debiera fundarse en Europa sobre la base de unos poderes públicos a los que solo interesa reducir el volumen de las causas judiciales o de ciertos lobbies de arbitraje o mediación que solo persiguen asentar su cuota de mercado o negocio lucrativo”.

⁸ Son muy interesantes las reflexiones de CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., p. 42, al afirmar, que “los métodos alternativos no son ningún remedio absoluto, ni por supuesto van a acabar con todos los problemas de la Justicia, es más, no

10. La segunda razón del fracaso o, al menos, de un uso esporádico y escaso, es de corte cultural. Tradicionalmente, no ha existido en España una cultura de la mediación, una cultura del pacto, ha prevalecido una cultura adversarial. Esta falta de cultura mediadora va unida en íntima relación a una escasa divulgación. La falta de información y una difusión limitada⁹ de la mediación produce dos efectos. Primero, el más obvio e inmediato, es el desconocimiento de la figura que hace que no sea considerado por las partes cuando barajan sus opciones. Segundo, menos evidente pero igualmente disuasivo, es el recelo que, incluso para aquellos que conocen su existencia, se genera hacia esta figura bien por falta de información para poder calibrar adecuadamente su utilidad, o bien por entenderla como una amenaza a posibles intereses económico-profesionales.

11. Bajo estas dos categorías se pueden agrupar prácticamente todos los argumentos, que, más o menos justificados, se plantean en contra del uso de la mediación o que, de algún modo, dificultan su implementación. Entre los argumentos que obedecen a una razón más legalista aquellos que defienden que la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva los jueces y tribunales, y que los otros sistemas no son alternativos, sino formas de prevenirlos¹⁰. Otros advierten, si no se toman las medidas adecuadas, que la promoción de estos sistemas conduce a la privatización de la Justicia y resulta en una inadecuada protección de los derechos de las partes¹¹.

12. Esa falta de cultura y de información, unida en muchos casos a una reticencia ante el temor de ver afectados determinados intereses¹², implica que muchas veces el problema en el desarrollo de la implementación de la mediación provenga de los propios operadores jurídicos, tanto de los abogados¹³ como de los jueces, además de las partes que están inmersas en el conflicto¹⁴.

13. Hay además otras razones que se han considerado coadyuvantes del lento y tímido progreso de la mediación desde la falta de calidad de algunos mediadores motivada por una normativa que no la garantiza¹⁵, hasta el sistema de cómputo de rendimiento de los jueces, donde un asunto resuelto por el juez a través de la mediación cuenta menos que si se resuelve por sentencia¹⁶.

han de ser entendidos simplemente como alternativos o complementarios a la jurisdicción, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de contemplarse como medios independientes de acceso a la Justicia". Para VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 31, "desde la óptica del proceso en cuanto método de la Jurisdicción que garantiza el juicio, la mediación es «alternativa», ya que supone «otra opción» a ponderar por las partes en orden a cómo enfrentar la resolución de sus conflictos; pero también «complementaria», pues de lejos de sustituir o suplantar el proceso, debiera verse como una posibilidad más con la que las partes pueden solucionar su controversia sin necesidad de someterse al seguimiento de un proceso judicial (...)". Más adelante aclara (p. 41) que "las soluciones pactadas (no) son las únicas que garantizan la paz social y la convivencia (...). El proceso, que nadie lo olvide, también garantiza la paz social y la convivencia".

⁹ Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, p. 311, 318 y ss.

¹⁰ Para una exposición en detalle de esta causa, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 66 y ss.

¹¹ Son interesantes a este respecto las reflexiones de S. BARONA VILAR, "Nociones generales. Introducción", en S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 30. Del mismo modo, CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 66 y ss.; o VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 40 y ss.

¹² Conforme al Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, pp. 311 y 312, "los precios de resolver una Mediación y el tiempo que se necesita para solucionarlo, suponen una auténtica amenaza para los Abogados (...). La falta de ética en algunos profesionales que no derivan los casos susceptibles de ser mediados por ver solo su propio beneficio económico. (...) La mayor amenaza somos nosotros mismos, creernos intrusos unos con otros en nuestro trabajo, no colaborar, no derivar casos a otros compañeros si creemos que no son nuestra especialidad y acabar centrándonos en el acuerdo que sea, y no en las personas".

¹³ A este respecto se debería tener en cuenta el art. 48.3 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que establece que *el profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses* (<https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/24/pdfs/BOE-A-2021-4568.pdf>)

¹⁴ Para una exposición en detalle de esta causa, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 74 y ss.

¹⁵ Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, pp. 311.

¹⁶ Conforme a la entrevista realizada al magistrado Pascual Ortuño, L. J. SÁNCHEZ, "¿Por qué la mediación no termina de despegar en España?", *Confilegal*, 22 de enero de 2020, <https://confilegal.com/20200122-por-que-la-mediacion-no-termina-despegar-en-espana/>

14. Es interesante contrastar las razones principales que conducen esta interpretación clásica sobre los motivos de una limitada presencia de la mediación con los resultados del *Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC* de 2022¹⁷, que contiene datos interesantes sobre las causas antes mencionadas. La encuesta, contestada por 1.023 personas, de las cuales un casi 40% pertenecen al sector jurídico (abogados), refleja que la mayoría de los encuestados conoce la mediación, entre el 96-100% entre abogados y alrededor del 75% entre no abogados. De estos últimos, los más jóvenes, menos de 40 años, son los que conocen más la mediación (86,87%), a diferencia de los que superan esa edad (76,21%). Estos datos trasladan la imagen de una figura que, ya no puede considerarse desconocida, pero que no es todavía totalmente familiar para quienes podrían recurrir a ella en caso de conflicto.

15. Respecto a la utilización de la mediación, a pesar del alto porcentaje respecto al conocimiento de esta figura, sólo 31% de los encuestados lo han utilizado. Del mismo modo a la pregunta de si han participado en contratos que sometieran los posibles conflictos a mediación, el 56% respondieron que nunca y sólo un 11% manifestó que siempre (2%) o muy a menudo (9%). Si bien el dato anterior no permite afirmar que sea el desconocimiento de la figura el origen de su bajo uso, su limitadísimo empleo en las relaciones contractuales muestra que el conocimiento de la mediación podría ser meramente nominal y no se han percibido sus ventajas ni apreciado su potencial.

16. Por cierto, sorprende además el escasísimo uso cuando, sin embargo, se reconoce apreciablemente su eficacia. De hecho, la encuesta también recogía la pregunta de si la mediación es un método efectivo de resolver las disputas y los resultados son interesantes. La mayoría considera que la mediación es efectiva siempre (22%) o muy a menudo (47%), frente aquellos que respondieron que nunca (1%). Por otro lado, respecto al conocimiento de alguna institución dedicada a la mediación una pequeña mayoría (53%) respondieron que sí.

17. También es interesante traer aquí los resultados de la pregunta de “si en caso de tener un conflicto, ¿se plantearía acudir a un medio de resolución de conflictos distinto del judicial?” La gran mayoría respondió que sí (91%). Los métodos preferidos fueron arbitraje (525 respuestas), mediación (482 respuestas) y la negociación (320 respuestas). También si los MASC pueden ayudar al mejor funcionamiento de la Justicia. La gran mayoría (88%) entiende que sí ayudan. Estas contundentes respuestas favorables de forma mayoritaria a los MASC contrastan con las actitudes que muestran las respuestas anteriores. Parecería que hay una percepción general que ha calado sobre la idoneidad de los MASC y su función facilitadora en la gestión de los conflictos, pero que no está respaldada por información, conocimiento y experiencia suficientes.

18. Por último, y en relación con los abogados, la encuesta refleja que sólo el 51% de éstos, siempre han explicado las alternativas a acudir a la jurisdicción y ello, a pesar, de ser un deber deontológico para los abogados. Un dato que mostraría una inercia en la cultura y las prácticas profesionales hacia la judicialización que conviene romper y que puede si no agravar, al menos perpetuar el retraso en la incorporación de la mediación.

19. En el contexto fáctico que marcan los resultados de esta encuesta, naturalmente en los términos que definen su metodología, su alcance y los criterios de selección de la muestra, es en el que vamos a analizar y, en el que debería entenderse, la transición legislativa.

¹⁷ Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC, promovido por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, a través de la Corte de Arbitraje de Madrid y del Centro de Mediación Empresarial de Madrid, en el contexto del Observatorio de Justicia y Competitividad de la Comunidad de Madrid (2022).

III. La mediación voluntaria u obligatoria: Regulación legal, anteproyectos y proyecto de ley.

1. Marco normativo

20. La mediación en asuntos civiles y mercantiles ha existido desde hace décadas en España, incluso con algunos antecedentes históricos interesantes¹⁸, como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero no contaba en sus orígenes con una normativa específica que la regulase.

21. Sólo recientemente, la mediación ha comenzado a ser objeto de regulación, principalmente, por las Comunidades Autónomas en materias objeto de su competencia¹⁹, sobre todo, en asuntos relacionados con el Derecho de familia. En el ámbito estatal, se introducen también algunas referencias en normas sobre materia de Derecho de familia²⁰.

22. Ha sido la Directiva 2008/52CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹, la que ha llevado, en el caso español, a un impulso en la regulación de esta materia. Primero, y por la pasividad del legislador español en su incorporación al ordenamiento estatal, en las Comunidades Autónomas²², y luego en el ámbito estatal.

23. De ahí que la mediación en asuntos civiles y mercantiles aparece regulada por primera vez²³ en el ámbito estatal, en el ordenamiento jurídico español, por el Real Decreto-Ley 5/2012, de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁴, derogada posteriormente por la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁵. Con estas normas se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008,

¹⁸ VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 45 y 46. Del mismo modo, en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 17 de febrero de 2011, menciona algunos antecedentes de esta institución, como el Fuero Avilés (1076) donde se encuentra en un texto jurídico la palabra “medianedo” como jurisdicción extraordinaria.

¹⁹ Conforme a la Constitución Española (art. 149.1.6º), el Estado tiene las competencias exclusivas en *legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*.

²⁰ De esta forma, conforme a las reformas efectuadas en el año 2005, ciertos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ven modificados, para mencionar la conciliación en materia de separación y divorcio. De esta manera, el artículo 770.7ª que permite a las partes de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o el artículo 777, donde se hace referencia, en materia de separación y divorcio, al procedimiento de mediación familiar.

²¹ L 136/3, 24 de mayo de 2008. Sobre este texto, recientemente, A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Mediation in private international law”, *European Private International Law*, Granada, 2022, pp. 487 y ss..

²² V. gr., en Cataluña, Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado. DOGC, núm. 5431, de 30 de julio de 2009. BOE, núm. 198, de 17 de agosto de 2009. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-13567&p=20200804&tn=1> En Andalucía, Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA, núm. 50, de 13 de marzo de 2009. BOE, núm. 80, de 2 de abril de 2009. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5491> Más recientemente, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, BOE, núm. 23, de 26 de enero de 2019.

²³ Existió con anterioridad, 8 de abril de 2011, un Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual, por diferentes vicisitudes en esa legislatura no se aprobó (Boletín Oficial de la Cortes Generales, 29 de abril de 2011, núm. 122-1) https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

²⁴ La justificación de la utilización de la forma de Real Decreto en vez de Ley, obedece a la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52 CE, ya que había transcurrido el plazo para su incorporación. Del mismo modo, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que establecía que *el gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

²⁵ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112> Esta Ley es desarrollada en algunos aspectos (formación de los mediadores, aseguramiento de su responsabilidad civil, publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación) por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles. BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13647>

sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁶. En su contenido, también tiene en cuenta lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

24. La citada norma española no tiene ámbito omnicompreensivo, siendo específico su ámbito de aplicación, y dejando a otras normas sectoriales la regulación de otros tipos de mediación. Pero es más amplia que la normativa europea, incluyendo tanto la mediación en conflictos nacionales como en asuntos transfronterizos.

25. De igual modo, en esta norma se llevan a cabo diversas reformas, entre otras, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para implementar la mediación y reconocer sus efectos en los procedimientos judiciales.

26. Como expondremos con posterioridad, desde la promulgación de la citada norma y con el fin de promover e impulsar la mediación, en el ámbito nacional se han aprobado dos Anteproyectos de Ley (uno de ellos actualmente ya Proyecto de Ley). El primero de ellos es el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, de 11 de enero de 2019, el cual no he tenido más desarrollo legislativo y se ha quedado en una mera iniciativa. El segundo, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 15 de diciembre de 2020, actualmente Proyecto de Ley de 22 de abril de 2022²⁷, cuya posible aprobación en la presente legislatura, sin embargo, se cuestiona y estima improbable, tanto por la complejidad del texto como por una cuestión de tiempo²⁸.

2. Voluntariedad u obligatoriedad: pasado, presente y futuro

27. Uno de los elementos claves en las aproximaciones regulatorias a la mediación en los diferentes ordenamientos jurídicos es precisamente si ésta es, o debe ser, de carácter voluntario u obligatorio. En particular, la cuestión de la obligatoriedad no es tanto que las partes deben permanecer en el proceso o alcanzar un acuerdo de mediación sino más bien a la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa o de intentar aquella.

28. Esto es acorde con la Directiva 2008/52, en la que se establece que *la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento* (considerando 13), continuando en el siguiente considerando que *nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación*.

29. En el caso de España, la voluntariedad como principio informador del procedimiento de mediación ha pasado por diferentes etapas y ha sido objeto de atención por la doctrina, existiendo diferentes posiciones doctrinales al respecto.

30. Para una mejor exposición vamos a sintetizar las diferentes etapas teniendo como referencia las diferentes propuestas legislativas de la actual ley vigente de Mediación (en adelante, LMACM).

²⁶ L 136/3, 24 de mayo de 2008.

²⁷ Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A: proyectos de ley. 22 de abril de 2022, núm. 97-1 pp. 1 y ss. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1

²⁸ En este sentido, J. JIMÉNEZ-UGARTE, "De la mediación a la reforma de la justicia", *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 2. Del mismo modo, J. A. COLMENERO GUERRA, "Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia", en *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 3.

A) Anteproyecto de LMACM (2011)

31. La versión del Anteproyecto de LMACM (2011)²⁹, si bien recogía como principio la voluntariedad, en su artículo 7 se estableció *la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal*. Obligatoriedad que, conforme a determinada doctrina, no afectaba a la voluntariedad de la mediación, ya que aquella quedaría reducida a una primera sesión informativa del mediador a las partes y no a una obligación de iniciar una mediación³⁰, ya que ésta, en sentido estricto, solo se inicia con la sesión constitutiva.

32. Por tal motivo, el citado Anteproyecto llevaba a cabo (disposición adicional segunda), entre otras, las modificaciones oportunas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para la configuración de la mediación como trámite preceptivo previo en determinados procesos judiciales (v. gr. art. 437 para juicios verbales por razón de cuantía sería obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda; al art. 439 se le incorporaba un nuevo apartado 2 en virtud de cual, para determinados casos establecidos en la LEC (art. 250.2) no se admitiría demanda si no se acompañaba de un acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición).

B) Regulación actual: LMACM (2012)

33. En la versión actual y vigente de la LMACM se eliminó esta mediación preceptiva previa para determinados supuestos. Por tanto, el legislador español ha optado, en la presente ley vigente, por la voluntariedad como principio informador en un sentido “pleno” (sin necesidad de mediación preceptiva), así como el de libre disposición (art. 6)³¹. Por lo que es un proceso querido por las partes, tanto en su inicio como en su finalización, en su organización y en los efectos esperados.

34. Respecto a su inicio, las partes, por común acuerdo, pueden iniciar un procedimiento de mediación, independientemente de que exista o no un pacto al respecto. También, las partes pueden haber establecido por escrito el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir³². De igual manera, las partes, con las limitaciones impuestas por ley, pueden disponer del objeto del juicio, acudiendo a la mediación aun estando en curso un procedimiento judicial (arts. 19.1 y 415 LEC) o denunciar la falta de competencia jurisdiccional por haberse sometido a (arbitraje o) mediación la controversia (arts. 39; 63.1; 65.2 LEC)³³. De otra forma, pueden aceptar la invitación realizada por el tribunal (entre otros, arts. 440. 1, 441.1 y 443 LEC).

35. En este último supuesto, la aceptación de la invitación realizada por el Tribunal, la Ley 5/2012 lleva a cabo la reforma de la LEC estableciendo la obligación de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación, entre otras a la mediación, para intentar solucionar el conflicto (i.e.

²⁹ Una versión de este anteproyecto se puede encontrar en, <https://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2010/04/mediacion.pdf>

³⁰ E. CARRETERO MORALES, Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2011, p. 29.

³¹ Los principios informadores de la mediación recogidos en la Ley son: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad. De igual manera se establece como directrices la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la organización de la mediación, así como el cumplimiento de los deberes de lealtad, buena fe y respeto mutuo de las partes en la actuación en la mediación.

³² Algunos autores han entendido que las cláusulas de sumisión expresa a mediación que se contemplan en la Ley, “parece ir en cierta medida contra esa voluntariedad que se está predicando”, CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 161, y ss.

³³ De esta forma se asemeja al arbitraje, donde se puede denunciar la falta de jurisdicción, a través de declinatoria, por haberse sometido a arbitraje la controversia. Conforme a B. BLOHORN-BRENNEUR; H. SOLETO, *La mediación para todos. Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 92, parece que esta medida “tiene por objetivo fortalecer el uso de la mediación, impidiendo que un tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación”.

art. 414.1 para la audiencia previa al juicio; art. 440 en la citación a la vista previa en el juicio verbal o, en el mismo procedimiento verbal, en el momento de la vista, art. 443)³⁴.

36. Respecto a su finalización, la Ley establece claramente que *nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo* (art. 6.3). De esta forma, cualquiera de las partes puede dar por finalizada la mediación pudiendo ejercitar ante el órgano competente las acciones que estime oportunas para hacer valer sus pretensiones.

37. Respecto a los efectos queridos, las partes pueden llegar a un acuerdo de mediación, el cual será vinculante para ellos. Pero, además, se puede configurar el citado acuerdo como un título ejecutivo, elevándolo a escritura pública (arts. 23.4 y 25 LMCM; y art. 517.2.2 y 545.2 LEC) o, si el acuerdo ha sido adoptado después de iniciar un proceso judicial, solicitando al tribunal su homologación (art. 415.1 LEC)³⁵. De esta manera, se puede solicitar al órgano judicial competente la ejecución del citado acuerdo.

C) Los Anteproyectos y el Proyecto de Ley

38. La mediación no ha tenido un impulso suficiente en España. Ya hemos hecho mención a su falta de éxito, principalmente por una falta de cultura y de información, respecto a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. De ahí la necesidad de fomentar su uso a través de una serie de propuestas legislativas que recogen diferentes medidas para llevarlas a cabo. Entre las cuales, cabría destacar, la modificación, en cierta manera, de uno de sus principios informadores: la voluntariedad.

39. Efectivamente, el carácter voluntario de la mediación se está viendo matizado por determinadas corrientes doctrinales y por las propuestas legislativas que se han elaborado estos últimos años tendentes a fomentar su uso. De ahí que las predicciones apunten a un cambio de un modelo voluntario hacia lo que se denomina, en una primera fase, una “obligatoriedad mitigada”, para pasar posteriormente, a una obligatoriedad como requisito de procedibilidad³⁶. Veamos estos cambios en los dos anteproyectos de ley.

a) Anteproyecto de Ley de Medidas de impulso de la Mediación (2019)

40. Como su nombre indica la finalidad de este anteproyecto era impulsar la mediación como medio de resolución de disputas, como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, limitando la litigiosidad en los órganos jurisdiccionales y concibiendo a esta última como un recurso subsidiario para la resolución de conflictos.

³⁴ Sobre este aspecto se puede tomar con referencia la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) de 2016, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

³⁵ En relación con la homologación judicial del acuerdo, debemos advertir la relación que debe existir en relación con el objeto del proceso y el acuerdo de mediación, ya que el órgano jurisdiccional no es competente para homologar cuestiones que no han sido objeto del proceso y que se incluyen en el acuerdo de mediación, con posibles excepciones en materia de derecho de familia y cuando afecten a menores. Sobre este aspecto, BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., pp. 111 y 112.

³⁶ Esta posible obligatoriedad ha sido objeto de discusión, alegando argumentos a favor y en contra, vid. S. BARONA VILAR, “Mediación: conceptos generales. Mediación familiar, civil y mercantil”, en S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 68 y 69. En el *Informe Estado de la Mediación en España*, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, p. 322, recogen que la derivación a la sesión informativa obligatoria es una manera de que las partes en conflicto conozcan otras alternativas, y además es una manera de que la mediación llegue al ciudadano sorteando ciertos sectores que impiden tal finalidad. Recogiendo diferentes posiciones doctrinales que entienden que este tipo de obligatoriedad no contradice la voluntariedad, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 165 y ss. Otros autores, VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 109, son partidarios de la mediación voluntaria con algunas salvedades sectoriales (v. gr., Familia, consumo, transporte o seguros).

41. Tomó como referencia este Anteproyecto varios informes y resoluciones de la Unión Europea, que planteaban los problemas y proponían recomendaciones para impulsar la mediación³⁷.

42. Con esta finalidad, las principales medidas que adoptaba el Anteproyecto se pueden agrupar en tres:

43. La primera y principal medida supondría la modificación de la actual Ley de Mediación y de la LEC, para transitar desde el carácter voluntario de la conciliación a la denominada “obligatoriedad mitigada” y, relacionada con esta, la introducción de la mediación por derivación judicial.

44. La “obligatoriedad mitigada” consistía, por un lado, en la obligatoriedad, para determinadas materias³⁸, de acudir a la conciliación previa a la interposición de la demanda (mediación extrajudicial). Por tanto, se convertiría en un requisito procesal necesario para acceder a la vía judicial³⁹. Debemos precisar que esta obligatoriedad consistiría en que las partes recibirían del *mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial*⁴⁰. Pero esto no implicaba que debían las partes someterse a un proceso de conciliación y llegar a un acuerdo.

45. Efectivamente, la modificación del artículo 6 de la Ley 5/2012, de mediación, establecía que *...los interesados estarán obligados a intentarla [mediación] con carácter previo al inicio de un proceso declarativo, entendiendo por “intento de mediación”, a los efectos de la ley citada y de la legislación procesal, al menos, la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria, que podrán haberse celebrado en un único acto, y de haberse efectuado dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda.*

46. Estas materias obligatorias también se hacían extensibles a los supuestos de ejecución de hipotecas sobre bienes inmuebles que constituyan la vivienda habitual del ejecutado o de su familia, así como en la ejecución de procesos de familia.

47. Por otro lado, en la mediación por derivación judicial (mediación intrajudicial), que se produce cuando, una vez iniciado el proceso judicial, en primera o segunda instancia (de procesos decla-

³⁷ Así, por ejemplo, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM (2016) 542 final. 26.8.2016. También, el estudio realizado por el Comité de asuntos Legales del Parlamento Europeo, “*Rebooting*” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, PE 493.042, 2014.

³⁸ Las materias que se recogían eran las siguientes: a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad. B) Responsabilidad por negligencia profesional. C) Sucesiones. D) División judicial de patrimonios. E) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles. F) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación. G) Alimentos entre parientes. H) Propiedad horizontal y comunidades de bienes. I) Derechos reales sobre cosa ajena. J) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual. K) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo. L) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra. M) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen. N) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces de juicio ordinario. Por otro lado, se modificaba la LEC para incluir también la exigencia de intento de mediación previa para ejercitar las acciones para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca constituida sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia.

³⁹ Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, conforme a la cual, en los litigios contemplados en el artículo 2, apartado 1 de esta Directiva, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.* Anteriormente la Sentencia de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08.

⁴⁰ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

rativos), y para cualquier asunto civil o mercantil, el juez o tribunal, analizado el caso, considera que puede ser objeto de mediación y, por tanto, resuelto por esa vía⁴¹. Las limitaciones a esta derivación judicial eran: que ya se haya intentado previamente o, que afecte a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

48. Como otro incentivo en esta dirección, se anudaban ciertas consecuencias a conductas (temeridad) de las partes en relación con la mediación con efecto posteriormente en el procedimiento judicial. Por ejemplo, para la parte que no acudiese a la mediación cuando fuera obligatoria o por derivación judicial, i.e. en la condena en costas⁴².

49. La segunda medida, y como consecuencia de la anterior, consistían en calificar la mediación como prestación incluida en el derecho de asistencia gratuita cuando aquella fuera presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resultase de la derivación judicial. Para ello, se proponía la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta medida se preveía en la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2012, titulada impulso a la mediación, y que se incorporó, en cierta medida, posteriormente en el artículo 6 de la citada Ley 1/1996, aunque la gratuidad establecida, conforme a la dicción de ese artículo, se refería a la información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación, no a otros aspectos⁴³. Algo distinto a lo establecido en el artículo 46 de esa misma ley donde se recoge el derecho a la asistencia gratuita, entre otros, a los procedimientos extrajudiciales en controversias transfronterizas en materia civil o mercantil, cuando la ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos.

50. Había además otras medidas de impulso, entre las que destaca la creación de una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación, *como observatorio encargado de analizar la aplicación de las nuevas medidas y sus repercusiones jurídicas y económicas, en particular su grado de efectividad en cuanto a la promoción de la mediación y el correlativo desahogo de la carga de los litigios pendientes*; el envío de información de los mediadores al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación a los efectos de elaboración de estadísticas en el sector; y la modificación de los planes de grado en Derecho y otros grados que se determinen para incluir la mediación como asignatura obligatoria.

51. Como hemos afirmado con anterioridad, este Anteproyecto no ha tenido más desarrollo legislativo y se quedó en una mera iniciativa.

b) Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2020)

52. Este Anteproyecto (en adelante APL) se enmarca en la Estrategia Justicia 2030⁴⁴, conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*. Trata de responder al impacto producido en el desarrollo e impartición de justicia como consecuencia de la declaración de la pandemia y sus efectos.

53. Uno de los pilares en que se asienta este Anteproyecto es precisamente, y en lo que aquí interesa, el impulso de los Medios Adecuados de Solución de Controversias, incentivando la negociación de

⁴¹ M. SAAVEDRA GUTIÉRREZ, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Indret*, nº 3, julio 2019, p. 8

⁴² A este respecto, la Ley 5/2012, ya incluyó una modificación en la LEC (artículo 395) estableciendo que, a efecto de imposición de costas en caso de allanamiento, se entenderá por mala fe, si antes de presentada la demanda si (...) *se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación*. En este sentido afirma BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., p. 97, que “esta previsión supone la inclusión en nuestro sistema del concepto de buena fe extraprocésal en mediación que se ha desarrollado en países anglosajones, en los que ha acabado siendo un incentivo para el uso de la mediación”.

⁴³ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 42/2015, se establece que *(N) o obstante, la obligación de facilitar esta información no supone que deban asumirse los gastos generados en la sesión informativa a que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

⁴⁴ Para más información sobre este plan <https://www.justicia2030.es/>

las partes frente a la cultura de la confrontación que se estima existente en nuestro país. A este respecto trae a la Exposición de Motivos las palabras de Louis-Pierre-Joseph Prugnon, diputado de la Asamblea Constituyente durante la Revolución Francesa, *antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia*.

54. El APL define Medios Adecuados de Solución de Controversias como cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de tercero neutral. Como se puede comprobar engloba un mayor número de medios, como por ejemplo las tradicionales mediación y conciliación, pero también la opinión neutral de un experto independiente, oferta vinculante confidencial, la actividad negocial, así como cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial (v. gr., consumo).

55. De esta forma, el APL dedica un Título de la Ley (título I) a regular los Medios adecuados de Solución de Controversias, en los que se incluiría la mediación y, por otro lado, lleva a cabo en su Disposición final tercera las modificaciones pertinentes en la LMACM. Pero deja claro que la mediación en España, si se aprobara el APL, estaría regulada por la LMACM de 2012 y por el RD 980/2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de esta Ley (además, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación). Así lo establece el artículo 3.3.

56. De ahí que este APL modifique el concepto de mediación contemplado en la Ley 5/2012, la cual sigue siendo la ley que regula la mediación, limitando más sus perfiles. En primer lugar, el concepto de mediación actual⁴⁵ es un concepto amplio, funcional, *se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación*. La modificación elimina precisamente esa funcionalidad suprimiendo en la definición las citadas palabras subrayadas anteriormente, las cuales están incluidas en la Directiva 2008/52. Por otro lado, incorpora a la denominación la frase *a través de un procedimiento estructurado*⁴⁶. De esta manera, entendemos, que, con este cambio de definición, se acerca más la nueva versión de la Ley 5/2012 a lo establecido en la Directiva 2008/52, al incluir en el concepto de mediación lo establecido en la Directiva que la entiende como *un procedimiento estructurado*, aun manteniendo que es un *medio adecuado de solución de controversias*⁴⁷.

57. Como ocurría con el anterior Anteproyecto de Ley mencionado, el de Impulso de la Mediación, este Anteproyecto lleva a cabo, en lo que aquí interesa, ciertas modificaciones legislativas tendentes a conseguir los objetivos planteados y, en particular, a potenciar la mediación como un medio adecuado de solución de controversias. Entre otras acciones, y para la jurisdicción civil, se incorporan requisitos de procedibilidad para que sea admisible la demanda. En concreto, se establece como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (art. 1.3), entre ellos está la mediación (art. 3.3).

58. Por tanto, se modifican la actual Ley de Mediación y la LEC, modificando el carácter voluntario de la conciliación. A este respecto se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 6 de la Ley 5/2012, que pasa de *voluntariedad y libre disposición*, a la reveladora denominación *requisito*

⁴⁵ Conforme a la versión actual de la Ley 5/2012, *se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*. La nueva redacción que propone el APL sería la siguiente, *se entiende por mediación aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*.

⁴⁶ Ya en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 17 de febrero de 2011, sugería la incorporación de este término (“procedimiento” o, incluso “procedimiento estructurado” como indica la Directiva) dentro del concepto de mediación.

⁴⁷ En este sentido, BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., p. 85, expresan que la definición actual de mediación conforme a la Ley “se aparta de la definición que se recoge en la Directiva (e incluso de otras leyes autonómicas, que la definen, de inicio, como un procedimiento)”.

de procedibilidad y libre disposición. Con este cambio de rúbrica, mucho más que nominal ya se está avanzado que la mediación deja de ser totalmente voluntaria, convirtiéndose en un requisito de procedibilidad para poder presentar una demanda en los casos establecidos por la ley⁴⁸. De ahí que, si no se ha intentado la mediación no se admitirá la demanda⁴⁹. La transformación es sustancial. La mediación no es sólo una alternativa conveniente a la solución judicial, es la antesala. Con este viraje legislativo se fuerza un cambio cultural integrando en el natural procedimiento de resolución de conflictos el escalón de la mediación.

59. La propia Ley de Mediación, en su nueva redacción dada por el APL, establece cuándo se entenderá cumplido este requisito. Lo detalla así: *con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador; siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y que las partes formulen su propuesta inicial de negociación (...).* Como se puede apreciar, el cumplimiento de este requisito difiere del anterior APL, que mencionaba un *intento de conciliación*, entendido, como mínimo, *de una celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria.*

60. Mucha discusión se ha generado con ocasión de esta confirmada tendencia hacia la obligatoriedad de acudir a un MASC con carácter previo al proceso, aunque es algo que no es tan novedoso en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, en la anterior LEC de 1881, se contemplaba la conciliación como un presupuesto procesal para la interposición de la demanda (arts. 460 y ss.), pero fue eliminada en la reforma realizada de la LEC en 1984, precisamente porque se había constatado que “el acto de conciliación obligatorio se había convertido en un formalismo más que demoraba innecesariamente el proceso, siendo muy escasos los acuerdos que se alcanzaban en la práctica”⁵⁰. Esta mala experiencia es la que también advierte, entre otras, el Informe al Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia de abril de 2021⁵¹, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, en relación con la obligatoriedad de los MASC con carácter previo al proceso, al alertar sobre el riesgo de que acabe convirtiéndolo en *un mero trámite burocrático o un formulismo que se absuelve con el único fin de dejar expedito el acceso a la jurisdicción*⁵².

61. Por otro lado, ha sido también criticado que se incluyan en el mismo concepto de MASC figuras tan dispares y que sean tratados todos ellos medios idóneos para cumplir con el requisito de procedibilidad. Comparar o poner al mismo nivel la mediación, un proceso estructurado con personal normalmente cualificado para la finalidad que se pretende, con otros medios adecuados de resolución de controversias, menos formalizados y que dependen de la mera buena voluntad de las partes, parece inadecuado y quizá contraproducente si mina la percepción de la mediación. Del mismo modo, la críti-

⁴⁸ Versión del APL del artículo 6.1. La mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias a los que las partes pueden acudir para intentar encontrar una solución extrajudicial a la controversia y cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 403.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se excluye expresamente como requisito de procedibilidad, los procedimientos para la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales, la adopción de medidas previstas en el artículo 158 CC y cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico.

⁴⁹ Nueva redacción del artículo 403.2 LEC, *no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellos los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o no se haya intentado la actividad negocial exigida como requisito de procedibilidad en los casos establecidos por la ley (...).*

⁵⁰ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de procedibilidad”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 2. Esto también se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992, de 28 de mayo, donde, en su fundamento jurídico 4º hace un breve resumen sobre la evolución histórica de la conciliación como requisito de acceso a la jurisdicción el cual fue eliminado con posterioridad porque *se reveló como un trámite dilatorio e ineficaz en la práctica (...)* transformándolo en un acto “intraprocesal” (...) *sin perjuicio de que las partes puedan instar, con carácter potestativo, el acto de conciliación con anterioridad a la interposición de la demanda.*

⁵¹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, aprobado por acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 22 de julio de 2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>

⁵² Punto 35, p. 13 del informe. Del mismo modo en la conclusión Décima.

ca se ha extendido al propio concepto de los MASC así como a la redacción y el ámbito de aplicación del APL⁵³.

62. Lo que no hace la futura nueva versión de la Ley 5/2012, es establecer, como sí hacía la versión propuesta por el APL de Impulso de la Mediación, la enumeración de materias donde sí era necesario el intento de conciliación (vid nota al pie nº 38). En este sentido, se renuncia al modelo de *obligatoriedad mitigada*, es decir, la obligatoriedad de acudir a la mediación para determinadas materias como establecía el APLIM, o cuando el tribunal considerara conveniente que las partes acudiesen a ella, y queda reemplazada definitivamente por la obligatoriedad para todo asunto civil y mercantil (salvo determinadas excepciones). Este cambio de registro y alcance ha sido también objeto de discusión y crítica⁵⁴.

63. Se modifican determinados artículos de la LEC donde se establece la necesidad de presentar documento que acredite el haberse intentado la actividad negocial previa cuando sea requisito de procedibilidad y sus efectos en caso de omisión (v. gr. arts. 264, 399, 403 y 439). Del mismo modo, se modifica la citada Ley para regular la posible derivación judicial a medios adecuados de solución de controversias, entre ellos, la mediación (mediación intrajudicial), bien en procedimientos judiciales que se encuentren en primera instancia (art. 565) o bien en ejecución (art. 776). En este último supuesto, ejecución, se modifica el artículo 776 LEC, donde para la ejecución forzosa de pronunciamientos de determinadas medidas (v. gr. Obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo; obligaciones derivadas del régimen de visitas, etc.) *el tribunal*, si todas las partes manifestaran su conformidad, *podrá derivar la controversia a medios adecuados de solución de controversias, o de seguimiento de las medidas sobre custodia y visitas, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes.*

64. Interesa aquí mencionar la inclusión de la noción de abuso del servicio público de justicia, que conforme afirma la Exposición de Motivos, es una *actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad, como utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación. Será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal.* Sus efectos recaen, principalmente, sobre la condena en costas a la parte que la haya llevado a cabo (arts. 246.3, 394.4, 395 LEC, art. 4.3 APL) o conducen la imposición de multas (art. 247 LEC). Este enfoque recoge la idea de que la imposición de costas no debe ir anudada principalmente a la victoria del pleito sino al comportamiento de la parte en relación con los intentos de un MASC. Estimado, por algunos, como una mera manifestación de comportamientos temerarios y de mala fe, el abuso del servicio público de justicia y sus efectos actuarían, en realidad, como disuasorios de las prácticas dilatorias y, en lo que aquí nos interesa, como incentivo en el uso correcto y efectivos de los MASC. Por tanto, entendemos que podría jugar como factor que refuerza la obligatoriedad, aunque introduce elementos de subjetividad en la valoración del abuso que podrían afectar al ejercicio del acceso a la justicia y tomar tintes de coercitividad⁵⁵.

65. Como en el anterior APL, también se introduce la mediación como prestación incluida en el derecho de asistencia gratuita, cuando, reunidos los requisitos exigidos legalmente, aquella sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento judicial. Para ello se propone la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁵³ En este sentido, entre otros, COLMENERO, “Algunas consideraciones...”, op. cit., pp. 8 y ss.

⁵⁴ De esta forma, el Informe, en su conclusión Vigésimoprimer (p. 273), establece que (...) *sería aconsejable una aproximación gradualista en la configuración de los MASC como requisito de procedibilidad y haber optado por un modelo de obligatoriedad mitigada en relación con aquellas materias que por su naturaleza puedan ser más susceptibles de transacción o acuerdo a través de aquellos medios adecuados de solución de controversias más idóneos, por su desarrollo e institucionalización, para lograr los resultados.*

⁵⁵ En este sentido, VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 53 y 54; 71.

c) Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2022)

66. Como hemos ya hecho referencia, el Anteproyecto anteriormente citado ha pasado a ser Proyecto de Ley (en adelante PL)⁵⁶, pero entre ambas versiones se han producido algunos cambios. Sólo nos centraremos en lo que es objeto de este trabajo.

67. Se produce una pequeña modificación en la definición de MASC, donde a la definición anterior se le añade una frase que limita, a los efectos de la Ley, qué se entiende por tal. De esta forma, con la nueva versión, se entiende por MASC, *cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral* (el subrayado es nuestro). Por tanto, y siguiendo una interpretación literal, sólo será reconocida las que estén tipificadas por ley.

68. No varía en este sentido la finalidad que se pretende, ya que si bien es cierto que la definición de MASC en el Anteproyecto era más amplia, sólo se reconocían efectos para cumplir con los requisitos de procedibilidad a las modalidades contempladas en el Anteproyecto, así como la mediación, la negociación directa, la realizada a través de los abogados y las recogidas en legislación especial (Art. 11 APL).

69. Por otro lado, en el Proyecto existe una ordenación más sistemática respecto a las modalidades recogiendo en un capítulo (III) las diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional. Así distingue el Proyecto entre los medios adecuados en vía no jurisdiccional con regulación especial (mediación, conciliación ante Notario, ante Registrador y ante letrado de la Administración de Justicia [art. 13]) de los que se contemplan y regulan en el propio Proyecto (conciliación previa [art. 14], oferta vinculante confidencial [art. 16] y opinión de experto independiente [art. 17]). Por tanto, los MASC que se contemplan son la actividad negociadora entre las partes (con la asistencia de los abogados cuando sea perceptiva), la conciliación en sus diversas modalidades, oferta vinculante confidencial, mediación y opinión de experto independiente.

70. Es interesante destacar que además de estos MACS regulados o mencionados en el Título I, el PL establece un sistema específico de MACS. De este modo, se añade un nuevo apartado 5 al artículo 439 LEC donde en acciones de reclamación de devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo, o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas, contenidas en contratos de préstamo o de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, se requiere, como requisito de procedibilidad, el haber realizado el consumidor una reclamación previa extrajudicial. A tales efectos, la Disposición adicional sexta del PL regula este procedimiento extrajudicial.

71. Es interesante resaltar que, en relación con la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes, el APL (art. 10.1) establecía que el citado acuerdo *tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto* (el subrayado en nuestro). En su nueva versión (art. 12), el PL elimina tal efecto, estableciendo simplemente que *será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto*. De esta forma, la nueva versión del PL se hace eco de los comentarios doctrinales al respecto y, sobre todo, de la crítica realizada en el Informe al Antepro-

⁵⁶ Como ya anunciaba el Anteproyecto y concreta el Proyecto, *la aprobación de la Ley de eficiencia procesal se enmarca dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, constituyendo el hito CID 152 de la Medida C11.R2 Reforma para el impulso del Estado de Derecho y eficiencia del Servicio Público de la Justicia, cuyo cumplimiento está previsto para el cuarto trimestre de 2022. En este sentido, la parte expositiva del Council Implementation Decision (CID) señala que se debe aprobar, a más tardar el 31 de diciembre, «la ley de eficiencia procesal, a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos, así como el establecimiento de medios alternativos de solución de controversias».*

yecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia de abril de 2021 (vid. nota al pie nº 51)⁵⁷.

72. Al igual que en el APL, la mediación se reconoce como uno de los MASC en vía no jurisdiccional (art. 13.2), y que cumple con los requisitos de procedibilidad (art. 13.1), estableciendo expresamente que se regirá conforme a su legislación propia, Ley 5/2012, de 6 de julio, o por la legislación autonómica que resulte de aplicación.

73. Como sucedía en el Anteproyecto, el Proyecto de Ley modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. A este respecto, la definición es la misma que la contemplada en el Anteproyecto. Y se modifica la voluntariedad de la mediación actualmente reconocida de la mediación a la obligatoriedad cuando se quiere cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el futuro artículo 403.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

74. Este artículo, el 403.2, se modifica respecto a la versión del APL, estableciendo expresamente la inadmisión de la demanda (...) *cuando no se haga constar las circunstancias que se refiere en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad.*

75. En relación con el requisito de procedibilidad, al igual que el Anteproyecto, se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 6, estableciendo que se entiende cumplido este requisito *con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador, siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y demás requisitos establecidos en el artículo 17 (...)*. Ese artículo 17, también modificado respecto a su versión inicial, regula la sesión inicial, y tiene pequeñas variaciones respecto a la versión del APL. La primera, se establece como cumplido el requisito de procedibilidad por la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a dicha sesión inicial. La segunda es un mero cambio pero que define, o concreta, desde nuestro punto de vista, la intención o contenido de esa sesión inicial, no siendo una mera sesión informativa en el sentido genérico del término⁵⁸. De esta forma, en el artículo 17 *in fine*, cuando hace referencia a la certificación del mediador, modifica la versión del APL la cual mencionaba la sesión *informativa* y la modifica el PL por sesión *inicial*⁵⁹.

76. Del mismo modo, y a diferencia del APL que no lo hace, se modifica el art. 19 referido a la sesión constitutiva, donde se eliminan tres de los aspectos que se debían dejar constancia conforme a la actual Ley: *a) la identificación de las partes; b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.*

⁵⁷ En especial, en las páginas 15 a 17, y en las conclusiones Decimotercera (p. 270), Vigésimoquinta (p. 274), y Trigesimocuarta (pp. 278). Conforme al citado Informe, “el prelegislador incorpora en la regulación de los MASC la regla del artículo 1816 CC sobre el contrato de transacción conforme a la cual «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada». El uso en este precepto legal del concepto de cosa juzgada ha sido matizado por nuestra jurisprudencia a partir de la fundamental distinción entre contrato y sentencia: lo acordado entra las partes tiene la fuerza vinculante derivada del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero no puede ser acreedor del específico valor del pronunciamiento jurisdiccional que determina la declaración irrevocable del Derecho en el caso. En este sentido, el anteproyecto debe dejar claro que las partes tienen derecho al control jurisdiccional de fondo sobre los términos del acuerdo que hayan alcanzado si incurre en vicios de invalidez o ineficacia, por lo que resulta más adecuado prescindir del inciso «el acuerdo alcanzado tendrá valor de cosa juzgada para la partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto» en el artículo 10.1 APL, sustituyéndolo por una mención al carácter vinculante del acuerdo para las partes, como se hace en el artículo 23.3 de la Ley 5/2012 respecto de la mediación” (Conclusión Decimotercera (p. 270)).

⁵⁸ Como se puede apreciar en el texto del APL y ahora en el PL (art. 17.1 *in fine*), las partes deben tener un papel activo y no meramente pasivo. De esta forma, a los efectos de quedar cumplido el requisito de procedibilidad, las partes deberán manifestar durante la sesión el objeto de la controversia.

⁵⁹ *La certificación por el mediador de la asistencia de las partes a esta sesión inicial [informativa], o el inicio del proceso de mediación de buena fe, aun cuando posteriormente se abandone por el desistimiento de cualquiera de las partes, satisface el requisito de procedibilidad del intento negociador previo a la interposición de la demanda.*

77. Otra de las modificaciones importantes que no contemplaba el APL es en relación con la confidencialidad. Así, el PL modifica el artículo de 9 de la Ley de Mediación delimitando más los contornos y excepciones de este deber, y siguiendo la redacción dada en el art. 8 del PL que regula la confidencialidad en los MASC.

78. Por último, sólo mencionar que se mantiene la noción del abuso del servicio público de Justicia, erigiéndose como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo⁶⁰. Para ello, se procede a modificar la LEC (arts. 32.5; 246.3; 247.3; 394.4; y 395.1).

IV. Interacción mediación-arbitraje. Cláusulas MER-ARB o ARB-MER-ARB

79. No queríamos dejar pasar la oportunidad de mencionar cómo la mediación también está incidiendo en otros sistemas heterocompositivos como el arbitraje. En palabras de LALAGUNA, “si la alternativa estrella a la jurisdicción ha sido tradicionalmente el arbitraje -paradigma de los ADR heterocompositivos-; actualmente, y como alternativa a la jurisdicción e incluso al propio arbitraje, se está potenciando la mediación, paradigma de los ADR autocompositivos”⁶¹.

80. Efectivamente, si la tendencia en España es regular la mediación (u otros MASC⁶²) como requisito de procedibilidad, algo similar está pasando en el arbitraje, pero más que por imposición legal por voluntad de las partes, a través de las cláusulas, entre otras, MED-ARB.

81. Efectivamente, más que contemplar la mediación como un medio autónomo, la tendencia internacional y que ya se empieza a reflejar en España, es la utilización de este MASC en cascada o de forma escalonada (a través de las denominadas cláusulas escalonadas multifunción *-multi-steps clauses-*), o bien de forma híbrida (cláusulas MED-ARB; ARB-MED; y ARB-MED-ARB)⁶³. Por tanto, las partes pueden pactar la necesidad de acudir previamente a la mediación antes de acudir a un arbitraje, o hacerlo de forma simultánea o híbrida, como medio de suplir las carencias de ambos métodos si se realizaran por separado.

⁶⁰ De esta forma la Exposición de motivos de la PL aclara que “este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía. Así, si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concomitantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada”.

⁶¹ M. LALAGUNA HOLZWARTH, “ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 973, 2021, p. 1. En este sentido podemos observar cómo se está potenciando y promoviendo el uso de la mediación también mediante su incorporación en determinadas regulaciones, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Estos últimos *deben propiciar la mediación* (considerando 40).

⁶² A este respecto y en relación con el dictamen de experto y su utilización junto con la mediación (p. 11) o en el arbitraje a través de su inserción en una cláusula escalonada (pp. 13 y 14), vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 11, abril-junio, 2022, pp. 1-31 (versión electrónica).

⁶³ Sobre esta cuestión, con las ventajas y desventajas y tipos de estos sistemas, vid. M. LALAGUNA HOLZWARTH, “La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 4, octubre-diciembre, 2020, pp. 1 y ss. De igual modo, FERNÁNDEZ, “Los métodos alternativos...”, op. cit., pp. 4-5.

82. Si bien es cierto que su origen es más temprano y su aplicación está más extendida en otros países, principalmente de tradición anglosajona⁶⁴, su incidencia en España la avala el uso por los Centros de Mediación o en las Cortes de Arbitrajes de modelos de estas cláusulas. Así, por ejemplo, en el Centro Español de Mediación⁶⁵ donde podemos encontrar: cláusulas de mediación sin referencia a arbitraje; cláusula de mediación con arbitraje simultáneo⁶⁶; y cláusula de mediación con arbitraje consecutivo⁶⁷. Del mismo modo, en el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid donde uno de los modelos de cláusulas es la escalonada⁶⁸.

83. Pero además de esta inclusión de acudir obligatoriamente a la mediación antes de acudir a un sistema heterocompositivo como es el arbitraje, se está produciendo otro efecto que es la hibridación de ambos procedimientos, el de mediación y el del arbitraje, teniendo su culmen en que el laudo recoja el acuerdo de mediación.

84. Esto lo podemos observar en el método ARB-MED-ARB, que se asemeja, en cierta medida, el sistema de mediación intrajudicial, al establecer un “especie” de sistema de mediación “intra-arbitral”. Este método, aunque no es nuevo⁶⁹, se desarrolló especialmente por las Cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur en el año 2014 a través del denominado Protocolo AMA (Arb-Med-Arb Protocol).

85. Conforme expone el *Singapore International Mediation Center* (en adelante, SIMC), las partes inician el arbitraje bajo el auspicio del *Singapore International Arbitration Center* (en adelante, SIAC), y, designado el árbitro y constituido el tribunal, se inicia el proceso de mediación en el marco del SIMC. Por tanto, el árbitro y el mediador son personas distintas, nombrados de forma independiente y por separado por el SIAC y el SIMC, respectivamente.

⁶⁴ En este sentido, LALAGUNA, “ADR híbridos...”, op. cit., p. 1, quien además concreta sectorialmente estos sistemas híbridos en el ámbito de los conflictos de construcción.

⁶⁵ <https://www.cemediacion.es/es/clausulas-de-mediacion>

⁶⁶ *Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida en primer lugar a mediación, encomendándose la administración de la mediación y la designación del mediador al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el [indicar idioma]. El lugar de la mediación será [ciudad]. El inicio del procedimiento de mediación no impedirá sin embargo a las partes iniciar un arbitraje de acuerdo con lo previsto en el siguiente párrafo. Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida a la decisión de [un árbitro / tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [indicar idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad].”*

⁶⁷ *Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida en primer lugar a mediación, encomendándose la administración de la mediación y la designación del mediador al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el [indicar idioma]. El lugar de la mediación será [ciudad]. A falta de resolución de la disputa dentro de los [60] días siguientes al inicio de la mediación o de cualquier otro plazo pactado por las partes, la disputa quedará sometida a la decisión de [un árbitro / tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [indicar idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad].”*

⁶⁸ https://madridarb.com/wp-content/uploads/2021/04/CLAUSULAS_ARBITRALES_MEDIACION_CIAM_DIGITAL_ES_2021.pdf#page=3

⁶⁹ Como afirma E. CHUA, “A New Dawn for Mediation? The Launch of the Singapore International Mediation Centre (SIMC) and Introduction of the SIAC-SIMC arb-Med-Arb Protocol”, December 29, 2014, “el concepto de Arb-Med-Arb no es nuevo. Varias jurisdicciones e instituciones prominentes, como el Centro Internacional de Solución de Controversias (ICDR), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), reconocen y apoyan el uso de la mediación como precursor del arbitraje (Med-Arb) o durante el proceso arbitral (Arb-Med-Arb). De hecho, la Ley de Arbitraje Internacional (Cap. 143A) ya contempla el uso de conciliadores/mediadores durante el proceso arbitral. Las secciones 16 y 17 de la AIA establecen en particular que un árbitro también puede actuar como conciliador durante los procedimientos de mediación, siempre que las partes consientan en ello”.

86. Si las partes no llegan a un acuerdo en un tiempo establecido, se continúa con el arbitraje. Por el contrario, si se llega a un acuerdo, éste tendrá la consideración de laudo por acuerdo entre las partes, el cual es ejecutable conforme a la Convención de Nueva York. Los elementos de la disputa resueltos en la mediación pero que quedan fuera del alcance del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, de la jurisdicción del tribunal arbitral tendrían que quedar determinados en un acuerdo de transacción separado. Por tanto, este acuerdo no sería ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York.

87. Como hemos afirmado, se puede apreciar una hibridación de la mediación y del arbitraje, principalmente porque el acuerdo de mediación alcanzado dentro de un proceso de mediación se incorpora a un laudo de un procedimiento arbitral, beneficiándose de esta manera de los efectos propios del laudo y no del acuerdo de mediación.

88. Efectivamente, la incorporación de un acuerdo de transacción a un laudo, implicaría la no aplicación del Convención de Singapur sobre Mediación, ya que conforme a su artículo 1.3 se excluye expresamente del ámbito de aplicación los acuerdos de transacción a) (i) *que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial*; y (ii) *que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial*; b) *los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal*.

89. Conforme a nuestra legislación, se distingue, por un lado los acuerdos de mediación y su configuración como título ejecutivo, y por otro, los laudos por acuerdo entre las partes. En relación con la mediación, la formalización como título ejecutivo se puede realizar de dos formas, bien elevando a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación (art. 25.1 LMACM); bien, si la mediación se ha realizado después de un iniciado un proceso judicial y se llega a un acuerdo, por homologación del acuerdo conforme a lo que establece la LEC (art. 25.4 LMACM).

90. En el supuesto del arbitraje, la LArb reconoce y regula el laudo por acuerdo entre las partes (art. 36), en donde se establece que si las partes llegan a un acuerdo donde se ponga fin total o parcialmente a la controversia, ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, estos últimos harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. El citado laudo, expresa la Ley, *tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio*. Lo único, y es algo que resuelve el protocolo AMA, es que el acuerdo debe ser alcanzado dentro del procedimiento arbitral, no anterior al inicio del arbitraje ni posterior a la terminación de las actuaciones en alguna de sus variantes (laudo final, desistimiento...)⁷⁰.

91. Por tanto, el método ARB-MED-ARB, sería una versión híbrida de estos dos supuestos, un acuerdo de mediación adoptado dentro de un procedimiento de mediación, el cual se realiza o se lleva a cabo dentro o, mejor dicho, una vez iniciado un procedimiento arbitral, y donde, si llegado el caso, se adoptase un acuerdo, el mismo, siempre que cumpla con los requisitos, puede adoptarse como un Laudo por acuerdo. Sería, en cierto sentido por buscar una equivalencia, a una mediación dentro de un proceso judicial, donde en vez de homologación del acuerdo, lo que hay es un Laudo del acuerdo con los efectos que se predicen del mismo.

V. Conclusión

92. Resulta decisiva, y convincente, la apuesta, no sólo a nivel nacional sino también internacional, por promover la mediación como medio de resolución de controversias. Pero esta apuesta por la mediación no debe ser la respuesta a (o, incluso la huida de) aquello que se quiere evitar sino la consagra-

⁷⁰ En este sentido, J. A. CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje de Derecho Privado en España*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, p. 246.

ción de un opción consciente y finalista que busca la mediación por su valor y significado. Su éxito real y efectivo dependerá principalmente del conocimiento de la figura y de la apreciación y el aprecio de la sociedad de los beneficios de este método, así como de la calidad y profesionalidad de los mediadores.

93. En este sentido, desconocemos los efectos que tendrá la obligatoriedad de acudir a la mediación como requisitos de procedibilidad, teniendo en cuenta además que este requisito no se cumple sólo con la mediación sino con otros diversos y diferentes MASC. El temor es que pueda resurgir las malas experiencias del pasado, convirtiendo este requisito en un mero formalismo, en una *checklist* de actos que se deben realizar por las partes antes de acudir a un proceso judicial.

94. Por otro lado, resulta de gran interés la tendencia creciente hacia la combinación/hibridación de los sistemas autocompositivos con los heterocompositivos, que reducen las rigideces que en determinados casos se planteaban respecto a estos sistemas en el pasado, donde podría parecer instituciones o métodos estancos.

95. En este sentido, los métodos escalonados como primer paso, y la hibridación de procedimientos, en un segundo paso, reflejan, una vez más la importancia que tiene el uso de la mediación y, cómo, bajo el paraguas de un método heterocompositivo, puede motivar el uso de esta figura. En concreto, la posibilidad, en el ámbito del arbitraje, y por voluntad de las partes, de acudir a métodos escalonados o híbridos, nos parece una gran ventaja.

96. El tránsito de la voluntariedad como norma a la obligatoriedad como requisito nos lleva de vuelta a lo que hemos afirmado en la introducción de este trabajo, *la elección de uno u otro, o de varios, y las razones que llevan a tal elección será reflejo de los valores de la sociedad donde se apliquen y la forma de entender la resolución de los conflictos.*

La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española

Business due diligence and Human Rights: Towards a Spanish Law

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA*

Catedrático de Derecho internacional público

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID. 000-003-4499-4580

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7190

Resumen: Se hace un análisis del nuevo contexto de las empresas en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente que ha llevado a plantear la necesidad de desarrollar progresivamente el derecho internacional, europeo y nacional. A tal efecto es necesario superar el estado actual de voluntariedad y transitar del soft law al hard law también mediante la elaboración de leyes internacionales. Se abordan el análisis de los modelos de derecho comparado y de los estándares internacionales. Se profundiza en los elementos principales de la debida diligencia del Estado y de las empresas así como en las principales cuestiones que una ley de esta naturaleza plantea

Palabras clave: Debida diligencia. Derecho comparado empresas y derechos humanos. Estándares de organizaciones internacionales. Empresas y derechos humanos

Abstract: An analysis is made of the new context of companies in the protection of human rights and the environment, which has led to the need to progressively develop international, european and national law. To this end, it is necessary to overcome the current state of voluntariness and move from soft law to hard law also through the elaboration of national laws. The analysis of comparative law models and international standards are addressed. The main elements of the due diligence of the State and of the companies are deepened as well as the main questions that a law of this nature raises.

Keywords: Due diligence. Comparative business law and human rights. Standards of international organizations. Business and human rights.

Sumario: I. Introducción: un nuevo contexto para las actividades empresariales. II. Las obligaciones internacionales de un Estado en el marco de las actividades empresariales. III. La necesidad de un desarrollo progresivo Empresas y derechos humanos. IV. La necesidad de superar el marco de la Responsabilidad social corporativa y de los planes de acción. V La complementariedad de la directiva y el tratado. VI. Principales estándares de organizaciones internacionales. VII. Los principios Rectores empresas y derechos humanos de Naciones Unidas. VIII. Modelos de derecho comparado. a) El Modelo francés. b) El modelo alemán y el de California. c) Modelos basados en

* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Carlos III de Madrid. Director del departamento de derecho Internacional, eclesiástico y filosofía del derecho de la Uc3M. Este artículo forma parte del proyecto de excelencia del departamento, de la línea de excelencia del profesorado universitario, del V Plan del programa Pricyt de la CAM así como del Proyecto ODS, derechos humanos y derecho internacional que dirijo en el marco del programa estatal del conocimiento I+D. Ambos adscritos a la UC3M, respectivamente al departamento de derecho internacional y al Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria.

la violación de normas de *Ius cogens*. IX. La debida diligencia como concepto motor. a) La noción de debida diligencia en el Derecho internacional. b) La debida diligencia del Estado. c) La debida diligencia de las empresas. d) Elementos básicos de un régimen general de debida diligencia empresarial. X. Otros elementos de una ley de debida diligencia. a) Ambito de aplicación personal. b) Ambito de aplicación territorial. C) Normas de derecho interno afectadas. d) Acceso a la Justicia.

I. Introducción: un nuevo contexto para las actividades empresariales

1. El objeto de este estudio es analizar las cuestiones que se plantean en relación los desarrollos normativos nacionales, europeos y fundamentalmente internacionales en relación con las obligaciones jurídicas de las empresas en materia de derechos humanos.

2. A las empresas se les pide un mayor esfuerzo en cuestiones que no han sido tradicionalmente de su objeto social, debido al papel cada vez mayor de los actores no estatales en la globalización y al denominado proceso de debilitamiento del Estado, que ha llevado a renovar la reflexión sobre el régimen internacional, europeo y nacional de las empresas transnacionales. La aprobación en Naciones Unidas hace una década de los *Principios Rectores Empresas y derechos humanos* impulsó el compromiso “voluntario” de las empresas, en el marco de la responsabilidad social corporativa, fundamentalmente.

3. En 2019 de las 50 principales empresas que cotizaban en las bolsas de Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia -indica el Informe de 2021 del *Grupo de Trabajo de Naciones Unidas Empresas y derechos humanos*- el 37, 1% se había comprometido públicamente a respetar los derechos humanos; según el *Corporate Human rights Benchmark* de 2020, de 229 empresas analizadas el 46, 2% no había conseguido puntos en ningún indicador. Se han desarrollado coaliciones industriales comprometidas con negocios responsables, como Amfori, *Responsible bussiness Alliance*, *Global Business Initiative on human rights*.

4. Junto a la preocupación por los derechos humanos, a las empresas se les pide una mayor labor en el cumplimiento de la Agenda 2030 y el respeto del medio ambiente. Esta preocupación por la sostenibilidad¹ se plantea en el plano económico, ecológico y social². El conocido *Informe los límites del crecimiento* (1972) del Club de Roma concluía que en un siglo la huella humana sobre la tierra se habría vuelto insostenible. Medio siglo después se ha llegado a un cierto consenso sobre la urgencia de la sostenibilidad, que tiene como percha la agenda 2030, bajo la cual se producen desarrollos del Derecho y políticas. De ahí los esfuerzos de la Comunidad internacional, de la Unión Europea y de los Estados para adaptarse a un proceso de transición hacia la sostenibilidad.

¹ Así, la *Encíclica Laudatio si* aborda el problema del crecimiento ilimitado (la indisponibilidad infinita de los bienes del planeta que lleva a estrujarlo hasta el límite y más allá; pág 100, p. 108) y propone (p. 5) ir hacia “cambios profundos de los estilos de vida, modos de producción y consumo, estructuras consolidadas de poder que regulan hoy la sociedad”. Hace un llamamiento a proteger la casa común, a buscar un desarrollo sostenible y un diálogo urgente sobre el modo de vida. J. RIFKIN, *El Green new deal global*, Paidós, primera edición, 2019. afirma que en 2028 se producirá un *colapso de los combustibles fósiles*. Todo esto llevará, señala, a la tercera revolución industrial, a la inversión en renovables, a la digitalización, a la glocalización (en lugar de la globalización, que dará más papel a las regiones que a los Estados) y a una sociedad carbono cero, en dos décadas, que cambiará las formas y los modos de vida. Del mismo modo el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres declaraba el 10 de mayo de 2021, en un mensaje enviado al *Foro sobre cambio climático* que con los “compromisos internacionales actuales nos dirigimos a un aumento desastroso de la temperatura de 2, 4 grados a final de siglo. Estamos al borde del abismo” (...) “todavía sería posible evitar los peores impactos del cambio climático si hay cooperación y se aprovecha la recuperación tras la pandemia para emprender un camino más ecológico”. Consideró que a más tardar en 2030 hay que abandonar el carbón en los países de la OCDE y en 2040 para todo el mundo.

² En este sentido véase, “El desarrollo sostenible y la teoría del Derecho internacional”, *Iberoamerican Journal of development studies*, (a publicar en el número de noviembre de 2022, en un monográfico sobre los Objetivos de desarrollo sostenible y el Derecho internacional. Asimismo C. FERNÁNDEZ LIESA “Los objetivos de desarrollo sostenible y el Derecho internacional”, *Tiempo de paz*, n° 132, 2019, pp. 13-22; C. FERNÁNDEZ LIESA, “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, *Anuario español de Derecho internacional*, n° 32, 2016, pp., 49-81.

5. La preocupación por los derechos humanos y por la sostenibilidad son cosas distintas, pero comparten elementos complementarios y exigen una colaboración de las empresas. Estamos en un momento de transición en el que se reclama un nuevo papel a las empresas en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente. El derecho internacional de los derechos humanos se ha construido desde una estructura jurídica en la cual los Estados son los obligados por las normas internacionales de derechos humanos y los seres humanos son los titulares de los derechos. Pero esta ecuación deja fuera a las empresas.

6. La posición de las empresas en el Derecho internacional empieza a plantearse desde la aspiración a un nuevo orden económico internacional más justo y equitativo, desde la década de los sesenta. Con el paso del tiempo la globalización reabrió el debate al haber adquirido las empresas una gran capacidad de influencia con la liberalización del sistema económico internacional, desde los años noventa, que se hizo soslayando los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo. Es en este marco en el que el tema Empresas y derechos humanos entra en la agenda internacional³. Se plantea cómo hacer eficaces los derechos humanos y el medio ambiente en una economía global donde no existe un Estado mundial sino dos centenares de Estados y miles de grandes empresas multinacionales (se calcula que 8.000). La diversidad de legislaciones nacionales, la debilidad de algunos Estados, la corrupción y otros fenómenos permiten que las empresas se aprovechen de condiciones poco estrictas que dan pie a abusos y a violaciones de derechos humanos⁴.

7. El Derecho internacional de los derechos humanos establece cuáles son los derechos en la denominada Constitución internacional de los derechos humanos y, más en general, permite determinar cuáles son los *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Pero la eficacia de estos derechos no solo depende del Estado sino también de las empresas. Estamos en un proceso de transformación del sistema internacional que pide un nuevo papel a los actores no estatales, que deberían convertirse en actores *activos del proceso de humanización*, incorporando la debida diligencia y la responsabilidad por el incumplimiento de esos derechos humanos.

8. En 2005 el Secretario general de Naciones Unidas nombró a John Ruggie representante especial sobre derechos humanos y empresas, el cual, en 2008 presentó al Consejo de derechos humanos un *Marco para proteger, respetar y remediar*, que establecía tres pilares, que aprobó el Consejo en su resolución 8/7:-La obligación del Estado de proteger frente a violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de remedio efectivas, judiciales o no judiciales

9. Posteriormente, en 2011, el Consejo de derechos humanos adoptó la resolución 17/4 de 16 de junio que adopta los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos*, que no crean nuevas obligaciones de Derecho internacional ni transforman las ya existentes y deben aplicarse teniendo en cuenta los riesgos que para los derechos humanos tienen las actividades empresariales.

10. Ahora se trataría de pasar de un conjunto de estándares de naturaleza recomendatoria y promocional a otros jurídicamente vinculantes. Estamos pues ante un *cambio de paradigma en lo que se ha*

³ C. FERNANDEZ LIESA/ E. LOPEZ-JACOISTE, (Coords), *Empresas y derechos humanos*, VVAA, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 553 pp; asimismo, entre otros muchos: L. CHIUSI CURZI/ C. MALAFOSSE, *A public international law Outlook on business and human rights*, Brill, 2022; L., VALLE, MARULLO, C., “Contract as an instrument achieving sustainability and corporate social responsibility Goals”, *International Community law review*, 24, 2022, pp. 100-123; STIGLITZ, J., “Multinational corporations: Balancing rights and responsibilities”, *Proceedings of the American Society of International law*, vol. 101, 2007, pp. 3-60; J. HERNANDEZ ZUBIZARRETA, *Las empresas multinacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Ed. Egoa, Vitoria, 2009; F.J. ZAMORA CABOT, “La responsabilidad de las empresas multinacionales por violación de los derechos humanos: Práctica reciente”, *Anuario de los cursos de derechos humanos de Vitoria Gasteiz-San Sebastián*, vol. 12, 2012, pp. 194-207.

⁴ F. MARRELLA, “Droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, *RCADI*, 2017, p. 66.

denominado *lucha contra la impunidad empresarial*, que se vio en casos célebres como el de la Union Carbide, Bhopal o la Chevron-Texaco, en Ecuador. La reflexión ha atraído la atención de grupos⁵ y redes de investigación. Así, el *proyecto ungps+10* apoyado por Alemania y Suiza y por la Oficina del Alto comisionado de derechos humanos y el PNUD ha evaluado la primera década de los Principios Rectores con metodologías propias de la investigación, con objeto de contribuir a determinar la dirección futura.

11. En España el Gobierno aprobó una *Estrategia de desarrollo sostenible* (6/V/2021) que considera necesaria una ley de debida diligencia de empresas y derechos humanos con la que se contribuya a “poner fin a la injusticia global y a las amenazas a los derechos humanos, a los principios democráticos y a la sostenibilidad del planeta”. Francia fue en 2017 el primer país que aprobó una ley con este objeto, y posteriormente se han aprobado otras normas (en Alemania, Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, Canadá, Noruega, Australia, Singapur, Hong Kong..), del mismo modo que en Naciones Unidas está negociando desde 2015 un Tratado sobre la materia, en la Unión Europea está en marcha la elaboración de una directiva. A todo ello se suman multitud de estándares aprobados en el marco de la OIT, OCDE, FMI y otras Instituciones internacionales, como veremos.

II. Las obligaciones internacionales de un Estado en el marco de las actividades empresariales.

12. El edificio de los derechos humanos se ha hecho con la idea de limitar el poder del Estado frente al individuo, o de garantizar a éste un mínimo de prestaciones por parte de aquel. Por esta razón y debido a la estructura propia del orden internacional son los *Estados los obligados por las normas internacionales*, pero no directamente los particulares. De ahí que sea el Estado el obligado a proteger. Si un Estado se limita a que las empresas que operen en su territorio o bajo su jurisdicción o control se guíen por el respeto voluntario de los derechos humanos eso no es suficiente para cumplir con las obligaciones internacionales, por lo que es necesario desarrollar el derecho interno⁶

13. En España están vigentes muchos tratados de derechos humanos⁷. La cuestión que aquí abordamos es la de qué obligaciones internacionales tiene un Estado en el marco de las actividades de

⁵ Así fui Investigador principal del proyecto I+D 2014-5548-P (Actores económicos y derechos humanos: especial relevancia para España) en cuyo marco creamos un *Observatorio de derechos humanos, desarrollo sostenible y empresas* en el que hemos realizado seminarios, congresos e investigaciones. Como botones de muestra de contribuciones españolas colectivas a la reflexión destacaría el libro colectivo con una treintena de contribuciones, C. FERNÁNDEZ LIESA/ E. LOPEZ-JACOISTE (Dir), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, 2018, 553 pp; C. MÁRQUEZ CARRASCO, (Dir), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens editorial, 2014; M.C. MARULLO/ C. ZAMORA, (Dir), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Editorial Científica, Napoli, 2018; S. MORAN/ A. HERNÁNDEZ, *Empresas, derechos humanos y cooperación al desarrollo en el marco de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, URJC-Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria, 2020). En España destaca la *Red Iberoamericana empresas y derechos humanos: incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierras y agua*.

⁶ En este sentido el análisis de J. SCHONSTEINER “La debida diligencia en el nuevo informe sobre Empresas y derechos humanos de la comisión interamericana de derechos humanos”, en *African international economic law network*.

⁷ Así el *Pacto de derechos civiles y políticos, al de derechos económicos, sociales y culturales, la convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convención contra la tortura, o sobre derechos del niño, la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o contra las desapariciones forzadas* (tratados en los que España ha aceptado la competencia de los órganos de tratados que conocen quejas individuales). También España ha ratificado convenios de la Organización internacional del trabajo como el número 29 (*trabajo forzoso*), núm 87 (*Libertad sindical*), núm 98 (*Derecho de sindicación y negociación colectiva*), núm 100 (*igualdad de remuneración*), núm 105 (*abolición del trabajo forzoso*), núm 111 (*discriminación en empleo y ocupación*), núm 138 (*edad mínima de admisión al empleo*), núm, 182 (*prohibición de peores formas de trabajo infantil*), núm 169 (*pueblos indígenas*). Además es parte en el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos* y en virtud del art 6, 1 del TUE se aplica la *Carta de derechos fundamentales de la Unión europea*. También España se ha comprometido con instrumentos de soft law como la *Declaración tripartita sobre los principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT*, la *declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo de la OIT* y las *líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales*.

sus empresas, tal y como se deriva del Derecho internacional de los derechos humanos. El legislador debe distinguir el papel del Estado y de las Empresas en sus respectivas funciones y responsabilidades en materia de aplicación de los Derechos humanos.

14. La obligación de proteger. El Estado tiene la obligación de proteger los derechos humanos. En los PR el principio fundacional es que los “Estados deben proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas en el territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Los procesos de debida diligencia⁸ deben *prevenir daños a los derechos humanos, ser proporcionales a la gravedad y probabilidad de efectos adversos (y adaptarse a los específicos), y ser un proceso continuo*, pues los riesgos pueden cambiar con el tiempo. Asimismo el Estado (P.R.5) debe supervisar que en los procesos de privatización de servicios públicos (como la salud o el agua) no se rebajen los estándares de debida diligencia empresarial ni afecte a las obligaciones en derechos humanos.

La expresión obligación de proteger, que utilizan los PR y la doctrina es omnicomprensiva de estas y otras obligaciones del Estado, tales como la de investigar y perseguir a los responsables de las violaciones. El deber de protección del Estado supone que no es responsable de la violación de los derechos humanos cometida por un agente privado, salvo si no adopta las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos. Los Estados están obligados a *asegurar que no hay discriminación en el ejercicio de los derechos en la esfera privada* (mercado laboral, vivienda, préstamos..) y en garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación, tanto en sentido formal (discriminaciones directas) como en evitar discriminaciones indirectas. Así, por ejemplo, en el ámbito salarial el *principio de igual salario por un trabajo de igual valor* viene de antiguo, desde que al nacer la Sociedad de Naciones se incluyó, luego desarrollada en un convenio de la OIT, posteriormente en el derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea. Pero sigue habiendo discriminaciones salariales indirectas relevantes en todo el mundo, incluido en la Unión Europea, cuya erradicación requiere de una debida diligencia tanto del Estado como de las empresas, con una supervisión público-privada.

15. La obligación de prevenir. Ha indicado el Comité de derechos humanos que un Estado debe prevenir la violación de derechos humanos para lo cual tiene que adoptar cuantas medidas legislativas, administrativas, educativas o de otra naturaleza sean necesarias⁹. Es difícil atribuir a un Estado un hecho ilícito internacional en ausencia de daño real -en este marco- pero no lo es tanto una vez que se produce una violación del derecho humano. Ahora bien, la obligación de prevenir supone que tanto el Estado como las empresas sean diligentes y adopten las medidas necesarias para que los daños potenciales se conviertan en reales¹⁰. Esta obligación de prevención está también en los principios rectores que, como es sabido, no generan obligaciones que no existan en virtud del derecho internacional, pero que sí pueden ser la base de obligaciones desarrolladas en derecho internacional. No cabe duda de que los Estados tienen la obligación de prevenir que se violen los derechos humanos por terceros (empresas) para lo que tienen que adopten medidas ex ante, preventivas, lo que es un contenido importante de la obligación de debida diligencia del Estado y, por ende, de la empresa, una vez se transponga al derecho interno. Los Principios Rectores indican que los Estados deben enunciar claramente qué se espera de las empresas en su territorio y en el extranjero. La obligación de proteger debe llevar también en ciertos casos a legislar como vemos luego.

16. La obligación de respetar y garantizar. España como parte en los principales tratados de derechos humanos y a la luz del art. 10, 2, 93, 94 y 96 de la Constitución tiene la obligación *de respetarlos, lo que implica que no los vulnere por sí misma*. Por ejemplo, si una empresa estatal contrata a mano de obra en condiciones de esclavitud no estaría respetando la obligación. Y también tiene la obligación de

⁸ Vid. El comentario del *Informe del Grupo de trabajo Empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas*, de 16/VII/2018

⁹ Observación general número 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto en el contexto de las actividades empresariales.

¹⁰ Informe del Grupo de trabajo empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas de 16/VII/2018 (pár. 13)

garantizar los derechos civiles y políticos, lo que incumpliría un Estado si bajo su territorio, jurisdicción o control una empresa privada lo hace.

17. La obligación de adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza. La obligación de proteger implica que el Estado en determinados casos adopte medidas legislativas¹¹ o de otra naturaleza para impedir las violaciones de derechos humanos por los actores privados. Dado que el Estado es el obligado a respetar y proteger internacionalmente los derechos humanos debe *adoptar las medidas de derecho interno necesarias* (por ejemplo, una norma que establezca la edad mínima para trabajar). La obligación de legislar permite evitar uno de los problemas en esta materia como son los “déficits de gobernanza” y la “falta de liderazgo de los gobiernos”. Un Estado puede cumplir su obligación de prevenir violaciones de derechos humanos de muchas maneras, como mediante divulgación de información, orientando a las empresas, adoptando medidas de debida diligencia, siendo coherente en sus políticas, dando ejemplo con las empresas del sector económico que controla directamente el Estado, o que reciben apoyos estatales.

El Estado en virtud del principio de unidad responde internacionalmente tanto por la acción como por inacción, y tanto por la labor -o la falta de ella- del poder legislativo, del ejecutivo y del judicial o de órganos subestatales o de actores no estatales sobre los cuales no ha realizado una supervisión diligente. De otro lado el Estado tiene una obligación de medios pero no de resultado. En todo caso en virtud de la obligación antes citada de proteger el *Estado debe adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en derechos humanos*¹². La adopción por España de una ley de diligencia debida supondría, pues, cumplir con la obligación de proteger.

18. Obligación de coherencia. Los PR (pár 8, 9, 10) establecen una obligación de coherencia del Estado tanto política como fundamentalmente normativa, que debe suponer que todas las Instituciones estatales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado, para lo cual hay que “informar”, “capacitar” y “apoyar” (PR 8); asimismo el Estado debe ser coherente con los tratados, acuerdos y organismos multilaterales y en la cooperación internacional (PR 10). También que las leyes sean coherentes. Las leyes mercantiles, civiles, penales, administrativas y de derechos humanos no deberían tener contradicciones. También debería ser coherente estos principios con la política exterior.

19. Obligación de vigilancia permanente. El Estado puede incumplir su obligación de debida diligencia por la falta de vigilancia de los deberes impuestos por el Derecho internacional. La debida diligencia del Estado define así un estándar de comportamiento del Estado. Los Principios rectores indican (punto B, 3) que los Estados deben: “a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tiene en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”.

III. La necesidad de un desarrollo progresivo Empresas y derechos humanos

20. Son necesarios desarrollos normativos en derecho interno de la debida diligencia de las empresas por cuanto que una obligación general de debida diligencia no existe sino para el Estado,

¹¹ La observación citada (pár 14 y 15) indica que el Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza y sanciones penales, administrativas, o multas cuando el no actuar con la debida diligencia para reducir los riesgos contribuya a permitir que se produzcan tales infracciones.

¹² Los PR (Pár 8,9,10) establecen una obligación de coherencia del Estado tanto política como normativa, que debe suponer que todas las instituciones estatales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado para lo cual hay que “informar”, “Capacitar”, y “apoyar” (PR 8); asimismo el Estado debe ser coherente con los tratados, acuerdos y organismos multilaterales y en la cooperación internacional (PR 10). Las leyes mercantiles, civiles, y de derechos humanos no deberían tener contradicciones; y también se debería ser coherente en la política exterior.

pero no para los actores privados. En la jurisprudencia internacional se ha aplicado la debida diligencia en sectores como el *derecho internacional de la neutralidad*, el *derecho internacional de protección de extranjeros*, el *derecho internacional del medio ambiente*, el *derecho internacional de inversiones*, el *comercio*, de los *derechos humanos*, *humanitario*, entre otros. Pero no en relación con personas privadas. Una ley interna de debida diligencia daría obligatoriedad interna a las empresas, en tanto que sujetos de derecho interno, de los estándares internacionales, obligatorios o no, cuyo destinatario es el Estado. Aymerich y García Cívico¹³ han puesto de relieve como los derechos humanos ya no afectan exclusivamente a los poderes públicos, sino también a los privados, lo que supone un cambio que se está realizando de manera incipiente. Clapham puso de relieve ya muchas de las cuestiones que se plantean en el ámbito de los derechos humanos como consecuencia de los ANE¹⁴. El desarrollo progresivo es conveniente debido a la fragmentación regulatoria que existe en el orden internacional sobre el régimen jurídico de las empresas, lo que introduce confusión normativa. Como señala Laurence Dubin¹⁵ tanto el derecho internacional público como el privado participan, a su modo, en la fragmentación de la unidad económica formada por la empresa multinacional, razón por la cual Jessup avanzó la idea de derecho transnacional, como intento de superación de esa situación. Sin entrar en ese debate en todo caso el desarrollo del derecho interno es, además, conveniente por tres razones.

21. La falta de subjetividad internacional de las empresas. Las empresas multinacionales no tienen reconocido un lugar adecuado en el derecho internacional moderno, en el que no había sitio para entidades que no fueran los Estados soberanos e independientes. Las concepciones jurídicas no abrían paso a los actores no estatales en el Derecho internacional¹⁶. La noción de sujeto de derecho depende de cómo se conciben los criterios de subjetividad¹⁷. Tradicionalmente ha habido criterios restrictivos sobre la subjetividad internacional. Solo podían ser sujetos de Derecho internacional las entidades que tuviesen la capacidad de concluir tratados, de establecer relaciones diplomáticas y de participar en los mecanismos generales de responsabilidad internacional¹⁸.

Pero *ha cambiado la posición del individuo, que puede ser considerado un sujeto de Derecho internacional con capacidad limitada*. Desde esta concepción de la personalidad internacional se puede reconocer que las *empresas transnacionales* tienen una personalidad jurídica internacional limitada al cumplimiento de sus obligaciones y relativa pues no sería oponible *erga omnes*¹⁹. Reconocer a una empresa multinacional la subjetividad internacional a los efectos de su sujeción al Derecho y, en particular, al DIDH es una técnica que permitiría arreglar problemas sin generar otros nuevos. Se ha puesto de

¹³ I., AYMERICH, J., GARCIA CIVICO, “La integración de responsabilidades públicas y privadas en la efectividad de los derechos humanos”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Chiara Marullo, M., Zamora Cabot, F.J., (Eds), Ed. Scientifica, Napoli, 2018, pp. 7-27, p. 1

¹⁴ Vid. A. CLAPHMAN, *Human rights obligations of non-State actors*, Oxford, 2006, 605 b pp; id. *Human rights in the private sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

¹⁵ L. DUBIN, “entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international”, *L`entreprise multinationale et le Droit international*, Ed. A Pedone, Paris, 2017, pp. 13 ss, p. 19.

¹⁶ Sobre esto véase C.FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas. Thomson Reuters, 2013, pp. 64-67; id. “Los actores no estatales y el Derecho internacional de los Derechos humanos”, *Derechos y libertades*, vol. 22, n° 45, 2022, 117-147; id. “Los actores no estatales en el Derecho internacional”, *Os sujeitos nao estaduais no direito internacional*, F., PEREIRA., TIAGO DE MELO, J.M., RODRIGUEZ BARRIGON; id. “Reflexiones en torno a las empresas en el Derecho internacional”, *Responsabilidad social corporativa. Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, B., DE LA VEGA, M., RUIZ MUÑOZ, 2019; id. “Sujetos de derecho y actores no estatales. Cuestiones de derecho internacional”, *Anuario español de derecho internacional*, n° 34, 2018.

¹⁷ El TIJ indicó en 1949 que en el “DI los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos. Su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad”. *Asunto de la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictamen de 11 de abril de 1949, TIJ, Rec. 1949, pp. 178.

¹⁸ En este sentido C., DOMINICE, “La personnalité juridique dans le système du Droit des gens”, *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 147 ss, en especial 161 ss; del mismo autor “L`emergence de l`individu en Droit international public”, *L`ordre juridique international entre tradition et renovation*, IUHEI, Puf, Paris, 1997, pp. 109-124.

¹⁹ R., BERMEJO GARCIA, “Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional”, C., BARRANCO, O. CELADOR, F. VACAS, (Coords), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba n° 2, Dykinson, 2012, pp. pp. 93 ss, pp. 102-103.

relieve la necesidad de controlar a las empresas multinacionales a los efectos de su control. En el siglo XXI afrontar la globalización mediante desarrollos de esta naturaleza es lo más adecuado. Se puede considerar que las empresas tienen ya una personalidad internacional mínima que se manifiesta en el CIADI (Centro de arreglo de diferencias de inversión del Banco Mundial), en el marco de la solución de controversias entre los Estados y las empresas.

22. *Las empresas están obligadas por el Derecho interno pero no por el Derecho internacional.* En segundo lugar porque el orden internacional establece obligaciones para los Estados, y son estos los que a través del derecho interno pueden transponer el Derecho internacional en el orden interno y establecer cuáles son las obligaciones de las empresas. Esto es así salvo en cuestiones muy precisas de derecho internacional penal. Pero por lo general el DIDH no es directamente aplicable a las empresas. En el asunto *Asociación France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c Société Alstom Transport SA, Société Alstom SA y SA Veolia Transport*²⁰ el Tribunal francés consideró que el Derecho internacional (consuetudinario) no impone a empresas privadas (como Alstom) obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que están sometidas a obligaciones que encuentran su fuente en una obligación internacional del Estado. Es, pues, la violación de la regla de derecho nacional la que compromete la responsabilidad de una empresa. La empresa no es destinataria directa de derechos y obligaciones que emanan de Tratados internacionales. Hay excepciones a esta regla general en el marco del *Derecho internacional penal*, pero aquí no estaríamos ante obligaciones de debida diligencia sino más bien en la participación de empresas en la comisión de *crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes, desapariciones forzadas, trabajo forzado y esclavitud*. En estos casos normalmente además la atribución de responsabilidad penal de las infracciones de derecho penal será de las personas. Así, en los Tribunal de Nuremberg, o posteriormente los tribunales americanos condenaron a industriales alemanes por recurrir al trabajo forzado (y a Carl Krauch) por haber producido el gas Zyklon B, o en el *asunto The United States of America c. Alfred Krupp* (31/VII/1948) se condenó a varias personas de esa familia por crímenes contra la paz y contra la humanidad. El Tribunal de Ruanda también ha condenado a personas que en el marco de sus empresas ayudaron a la comisión del genocidio (por ejemplo, en el marco de actuaciones de la Radiotelevisión de las mil colinas, que había incitado al odio), por lo que los dirigentes de una empresa en supuestos muy determinados pueden ser autores de crímenes contra la humanidad. Pero se trata de circunstancias muy excepcionales, que se han aplicado en este tipo de situaciones. Se puede debatir y en su caso establecer en determinados casos la responsabilidad de las empresas, algo que se puede abordar.

23. *La responsabilidad se canaliza en el derecho interno.* En tercer lugar porque el Derecho internacional de la responsabilidad es el epicentro de cualquier sistema jurídico. Pero al no haber subjetividad internacional tampoco hay una responsabilidad internacional de las mismas en tal orden jurídico²¹. En este sentido una empresa en el ámbito internacional puede ser “protegida” mediante el ejercicio de la protección diplomática por el Estado de su nacionalidad. Su responsabilidad civil, o de otra naturaleza, en tanto que empresa, se ventila ante Tribunales internos, ante jurisdicciones internas, a excepción de que mediante un acuerdo internacional, como los de protección de inversiones, se someta una controversia entre un Estado y una empresa inversora a un órgano internacional como el CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias de inversión, creado por el Banco Mundial en 1965)

La posición de los ANE plantea muchas cuestiones en el ámbito del Derecho de la responsabilidad, que exigen de nuevos desarrollos, como muestra el tercer pilar de los *Principios Rectores empresas y derechos humanos*, que se refiere al acceso a mecanismos de reparación. En este sentido hay mucho por hacer tanto en los Estados como en relación con la dimensión transnacional de los abusos y

²⁰ *Asunto n° 11/05331 (comentario en RGDIP, 2014, pp. 192-212), sentencia de 22 de marzo de 2013 de la Corte de Apelación de Versalles.*

²¹ M., KAMMINGA, *Liability of multinational corporations under international law*, Kluwer, 2000; E., DECAUX, “La responsabilité des sociétés transnationales en matière des droits de l’homme”, *Révue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 205, 789-798, zerk, J., *Multinationals and corporate social responsibility: Limitations and opportunities in International law*, Cambridge, 2006. También el comentario de F., MARRELLA, , cit. Pp. 196 ss.

violaciones de derechos humanos. Los principios rectores (vid desde el 25) establecen que los Estados deben tomar medidas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas o legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan abusos en su territorio o bajo su jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces, tanto extrajudiciales como judiciales (como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas), estatales como no estatales²². Estos elementos para la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos deben ser desarrollados en los ordenamientos internos. Hay una amplia laguna sobre las responsabilidades internacionales de los actores no estatales, que se aplica tanto a los grupos armados como a las empresas multinacionales²³, por la naturaleza estatocéntrica del ordenamiento. En definitiva, las responsabilidades se canalizan mediante vías de derecho interno, que es el marco en el que los Estados deben realizar desarrollos.

IV. La necesidad de superar el marco de la responsabilidad social corporativa y de los planes de acción

24. Consolidar buenas prácticas empresariales mediante una *ley interna* es una vía que complementaria a la del Tratado internacional y de la directiva europea. Todas estas vías son complementarias. Inicialmente, en los últimos años se ha utilizado la vía de la *Responsabilidad social corporativa* (a partir de ahora RSC)²⁴. El sector RSC ha dado lugar a la elevación de los estándares. Pero el modelo tiene insuficiencias por la falta de obligatoriedad, que una ley mejoraría. Se trata de ir más allá mediante una ley que transforme algunos estándares no normativos en obligatorios, y que establezca procesos que sean sometidos a mecanismos de vigilancia imparcial.

25. Los planes de acción son un fenómeno floreciente desde 2011²⁵. En 2021 hay 25 países con planes de este tipo, y 18 en proceso de establecimiento. El número es relativamente bajo, y algunos de estos planes tienen escasa calidad y apoyo. En todo caso han contribuido a que muchas empresas vayan asumiendo los Principios Rectores. Los Planes son instrumentos de *soft law*, con medidas voluntarias por lo general para las empresas. Los Planes se han ido aprobando desde 2012-13 en países como el Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Alemania, Irlanda, Bélgica, así como en otros países latinoamericanos y de otros continentes. Su desarrollo evidencia un cierto compromiso de los Estados con los Principios Rectores y con otros estándares.

²² En este sentido el principio 31 establece que para garantizar la eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, los mecanismos de reclamación deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos así como una fuente de aprendizaje continuo

²³ L., IÑIGO, “Los grupos armados ante el Derecho internacional contemporáneo. Obligaciones y responsabilidad”, *REEI*, 2016, p. 16; A., BELLAL, “Establishing the direct responsibility of non State armed groups for violations of international norms: Issues of attribution”, *Responsibilities of the Non-State actor in armed conflict and the market place: Theoretical considerations and empirical findings*, Brill Nijhoff, 2015.

²⁴ Sobre esto mucho se ha escrito y no vamos a entrar en ello. Cabe destacar algunas contribuciones C., BAZAN CEA, J., DE LA MORENA, H., CORTES, “Evolución y nuevas tendencias de la responsabilidad social en las prácticas empresariales”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm, 29, 2018, p. 47; V., SANCHEZ, M.A., CANO LINARES, PERIBañEZ, *Responsabilidad social corporativa. El papel de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en la promoción de la Responsabilidad social corporativa*, Editorial Dykinson, 2016, 235 pp; C., MARQUEZ CARRASCO, “Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas”, *Anuario español de derecho internacional*, núm, 34, 2018., P. 710; D., BARDEL, “Una aproximación al contenido de la responsabilidad social desde la perspectiva jurídica”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol.6, núm 16, 2020; D., LOYOLA CHAVEZ, “El plan de acción nacional de empresa y derechos humanos del Gobierno de España y la responsabilidad social de las empresas”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm 29, 2018, p.127; J.M., SANCHEZ PATRON, “Responsabilidad medioambiental y derechos humanos: los deberes de las empresas en el Derecho internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 11.

²⁵ Vid M., O,BRIEN, A., BLACKWELL, C., PULSEN, “National action plans: Current status and future prospects for a New business and human rights governance tool”, *Business and human rights Journal*, 1, 2015, pp. 117-126. Véase también una recopilación de planes de derechos humanos en la página del Alto comisionado de Naciones Unidas

En el caso de España se adoptó el 28 de julio de 2017, con retraso. Anteriormente el 26/06/2014 estaba preparado un borrador elaborado por la Oficina de Derechos humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y cooperación que precisaba el *marco de proteger, respetar y remediar*²⁶. En el plan de 2017 se plasma el compromiso de proteger los derechos humanos frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo. Se considera que este compromiso es muy positivo también para evitar riesgos reputacionales y para fortalecer ventajas comparativas de las empresas españolas. Además se precisan algunas responsabilidades de las empresas como las que derivan de los Principios rectores²⁷ y se prevén medidas de diversa índole²⁸.

26. *La ley de debida diligencia precisaría la obligación del Estado de proteger los derechos humanos y las responsabilidades respectivas del Estado y de las empresas.* El Principio Rector 2²⁹ indica que el Estado debe indicar que espera de las empresas (españolas, en España y en el extranjero) un comportamiento conforme con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que implica -precisa- que deben actuar con la *diligencia debida* en función de su tamaño y circunstancias para evitar la violación de los derechos de terceros y para hacer frente a los efectos adversos de su actividad. El Plan

²⁶ Así se hacía referencia a las líneas directrices para las empresas multinacionales de la OCDE, las directrices sobre la responsabilidad social de la organización internacional de normalización (ISO 26000), las normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social de la Corporación financiera internacional, así como diversas directrices de responsabilidad social corporativa. Tenía la vocación de promover y sensibilizar a los actores empresariales, en el marco de la estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Los instrumentos para hacer realidad los compromisos eran principalmente normativos, incentivos fiscales, financieros, comerciales y de coordinación interministerial e interinstitucional así como el diálogo y el establecimiento de canales de comunicación con la sociedad civil. Este plan, lo mismo que el actualmente vigente limitaba la adopción de cualquier medida a que no tuviese repercusión presupuestaria ni supusiese un gasto de personal. Desde esta limitación se adoptarían medidas tras un diagnóstico, si bien no se preveía la adopción de una ley de debida diligencia. El Gobierno se comprometía a adoptar las políticas y las medidas necesarias para el cumplimiento de los principios rectores por parte del Estado promoviendo el respeto de los derechos humanos por las empresas, asesorando, informando y promoviendo actuaciones de las empresas y previniendo posibles abusos cometidos por empresas domiciliadas en territorio español siguiendo las directrices de la UE y de Naciones Unidas. Además había que realizar un *diagnóstico exhaustivo* del marco normativo, los vacíos y las necesidades con el objetivo de cumplir con las obligaciones internacionales del Estado respecto de los principios rectores, identificar las incoherencias y los mecanismos de debida diligencia y sus respectivos mecanismos de implementación o ausencia de los mismos, la existencia de mecanismos de interlocución, de reparación, la necesidad de en su caso realizar modificaciones normativas. Junto a estas medidas se ‘preveían campañas de sensibilización asesoramiento, capacitación de las misiones diplomáticas entre otras muchas

²⁷ Así se hace especial referencia en el Plan al principio rector 13 que eviten que sus propias actividades provoquen consecuencias negativas para los derechos humanos, traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas (en DDHH), 15 (que asuman un compromiso político de asumir su responsabilidad DDHH, un proceso de diligencia debida en DDHH para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los DDHH, unos procesos que permitan reparar las consecuencias negativas sobre los DDHH, 16 (que hagan una declaración política al más alto nivel de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, se base en asesoramiento especializado ect..). El principio Rector 17 indica que con el fin de identificar, prevenir, mitigar, y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos debe abarcar las consecuencias negativas sobre DDHH que haya provocado o contribuido a provocar al empresa y debe ser un proceso continuo ya que los riesgos puede cambiar (entre otras consideraciones). Además se hace referencia al principio rector 18, 19, 20, entre otras.

²⁸ Como las relativas a que el gobierno traslade al sector empresarial lo que se espera por parte de las empresas en derechos humanos, que se desarrollarán acciones de sensibilización y de formación sobre principios rectores (y otros estándares), sobre protección de colectivos con mayores riesgos de vulnerabilidad, sobre cómo evitar prácticas discriminatorias en empresas. Asimismo establece que se informará a las empresas y a los sectores sometidos a riesgos más elevados respecto a pueblos indígenas y tribales, que se promoverán códigos de autorregulación y se establecerán los cauces para la promoción entre las empresas de medidas, procedimientos y sistemas internos de prevención y de mitigación de las consecuencias negativas sobre derechos humanos así como de difusión de buenas prácticas dirigidas a evitar esas consecuencias y al establecimiento de procedimientos de evaluación interna. Además se preveía que la comisión de seguimiento sometiese al Gobierno la adopción de un sistema de incentivos (económicos, comerciales, de presencia, visibilidad e imagen) para empresas que hagan políticas adecuadas y, en particular que realicen un compromiso público de responsabilidad en DDHH, un proceso de debida diligencia en línea con las guías sectoriales OCDE (*due diligence guidance*) (Principios 17 al 21) y unos procesos que permitan reparar las consecuencias negativas (principios 22, 29, 30, 31)

²⁹ Que indica que los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

de Derechos humanos preveía medidas, *pero no la adopción de una ley de debida diligencia*³⁰, que se incluyó en la estrategia de sostenibilidad.

V. La complementariedad de la Directiva y el Tratado

27. Al haberse producido desarrollos en el derecho comparado de países miembros de la Unión Europea se ha activado la vía europea de elaborar una directiva mediante la que se pretende evitar un efecto de fragmentación del mercado y realizar así una armonización sobre la base de los artículos 50 y 115 del Tratado de funcionamiento de Unión Europea, que evite problemas a las libertades del mercado en que se basa la Unión Europea. España está obligada por las reglas del mercado, de la libre competencia y de la libre circulación, sin que una norma de esta naturaleza sea un obstáculo no tarifario. Una ley interna sería una vía complementaria. En todo caso nada impide que España legisle ahora, como han hecho otros países como Francia o Alemania. La vocación de una ley de debida diligencia es que se aplique en todo el territorio nacional y que tenga vis expansiva en el espacio europeo e internacional, sin afectar a la unidad de mercado interior ni europea. La *unidad de mercado* viene reconocida por el art. 139, 1 de la Constitución española y constituye un principio económico esencial para el funcionamiento económico competitivo de la economía, que evita la fragmentación del mercado. Se trata de evitar trabas u obstáculos a la libre circulación de los elementos de un mercado (personas, capitales, servicios, mercancías), sean tarifarios o de otra naturaleza. La Unión Europea también se basa en la unidad de mercado (común, interior, único). El art. 3 del Tratado de Unión Europea indica que el mercado interior constituye un objetivo de la Unión Europea. Además, el art. 26 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea establece que el mercado interior es un espacio sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación. Una ley nacional no debe evitarse por la idea de que fragmente el mercado, pues ya la han hecho así otros países, y de ahí que la Unión Europea se haya planteado la elaboración de la directiva. En este proceso de elaboración de una directiva de debida diligencia la Comisión Europea ha hecho una propuesta el 23/2/2022 (COM (2022)), que tiene por objeto regular las obligaciones de las empresas en relación con los riesgos e impactos adversos actuales y potenciales de las actividades empresariales en los derechos humanos y el medio ambiente. La propuesta no tiene en cuenta suficientemente a nuestro juicio la necesaria aplicabilidad del Derecho internacional de los Derechos humanos como marco jurídico común a las empresas europeos y extranjeras, así como a sus Estados y a la propia Unión Europea, en tanto que sujeto de la Comunidad internacional, como organización internacional que está por ello vinculada por las reglas generales de ese ordenamiento jurídico. La visión de la Unión Europea resulta en su desarrollo convencional poco abierta a una concepción universal de los derechos. El hecho de que la Unión Europea no se haya comprometido por la gran mayoría de los Tratados internacionales y europeos de derechos humanos, desde el Convenio europeo de derechos humanos a los grandes Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, no debe olvidarse en el plano nacional español, cuya constitución de 1978 se hizo desde la decisión del Constituyente de realizar una apertura al orden internacional de los derechos humanos, como evidencia tanto el art. 10, 2 como la interpretación de nuestro Tribunal de garantías.

28. Una vía española de debida diligencia empresarial podría contribuir a que la directiva europea tome nota de esa carencia que el subsistema europeo tiene dentro del sistema internacional y corrija en su proceso nomogenético tendente a la unidad a incorporar las reglas de derechos humanos internacional-

³⁰ Se encargaba a la comisión de seguimiento la medida 3 (del punto 3.2.2. Principios operacionales) que evaluase en colaboración con el Consejo estatal de responsabilidad social de las empresas (CERSE) si las leyes y normas resultan adecuadas. Además de conformidad con el principio Rector 9 los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión. En relación con esto se establece el compromiso de promover por el gobierno la inclusión de referencia al respeto de los derechos humanos en los acuerdos de comercio, inversiones u otros relacionados con actividades empresariales firmados por España que afecten a los principios rectores y en fomentar el conocimiento y la aplicación de estas recomendaciones. En definitiva *el Plan no preveía una obligación de realizar una ley de debida diligencia*.

mente reconocidos, tal y como aconseja el objeto y fin de estas normas, que pretenden contribuir a que la cultura empresarial incorpore un enfoque de derechos humanos, sin por ello ser mucho más exigente que las normas internacionales ni suponer, por lo tanto, la aplicación en el mundo del modelo social y de derechos humanos interno bien sea a la propia Unión Europea o de los modelos constitucionales nacionales.

29. El borrador de *Tratado sobre empresas y derechos humanos* que se negocia en Naciones Unidas se ha hecho con el objeto de que se regulen las actividades de las corporaciones transnacionales y de las empresas en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Se parte de la igual dignidad de todo ser humano, la universalidad de sus derechos, el igual acceso a la justicia, y de la obligación primaria de los Estados de proteger los derechos frente a abusos de terceros, incluidas las empresas, en su territorio, jurisdicción, o control y se recuerda que las empresas tienen la “responsabilidad” de respetar los derechos humanos. El objeto del Tratado es clarificar la obligación de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales así como las responsabilidades de las empresas, prevenir abusos de derechos humanos, asegurar el acceso a la justicia y remedios efectivos para las víctimas de abusos de derechos humanos (en el contexto de actividades empresariales) y facilitar la asistencia y cooperación en estas cuestiones.

El punto de referencia para el ámbito de aplicación del tratado es el DIDH convencional y consuetudinario. Se parte de considerar que las víctimas de abusos de derechos humanos por actividades empresariales tienen derecho a disfrutar de sus derechos. Se define a una víctima como a una persona o grupo de personas que individual o colectivamente han sufrido un daño por actos u omisiones en el contexto de actividades empresariales, que constituyen un abuso de derechos humanos. Se define un abuso de derechos humanos (arts. 1) como cualquier daño cometido por una actividad empresarial (*business Enterprise*) por actos u omisiones que impiden el pleno goce de los derechos y libertades fundamentalmente reconocidos, incluidos los derechos medioambientales. Los artículos 4 y 5 regulan los derechos y las medidas de protección de las víctimas. El artículo 6 se refiere a las medidas de prevención, el acceso a recursos (7), a reparaciones (art. 8), entre otras disposiciones.

Parece incierto que llegue a buen puerto, en el espacio europeo, el *Tratado que sobre empresas y derechos humanos* se está negociando desde que el 26/VI/2014 el Consejo de Derechos humanos adoptase una resolución al respecto³¹. Desde un primer momento la propuesta fue “divisiva”, al haberla apoyado 20 Estados con la oposición de 14 Estados, que incluían a EEUU y a Estados miembros de la Unión Europea, y con 13 abstenciones, de los 47 representantes estatales que conforman el Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas.

Trascurridos unos años de negociaciones las perspectivas de apoyo por la Unión Europea no se han despejado. En este sentido el Consejo de la Unión Europea no ha adoptado, de conformidad con el art. 218.2 del Tratado de Unión Europea una decisión de apertura de negociaciones, ni unas directrices de negociación ni ha designado un negociador ni, por ello, ha establecido un mandato. Esto supone que la Unión Europea en sentido estricto está al margen de la negociación. Además, el representante de la Unión Europea en Naciones Unidas, Guus Houttuin destacó durante la sexta sesión de negociaciones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre Empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respeto a los derechos humanos (Ginebra, Naciones Unidas, 26/30 de octubre de 2020) algunas deficiencias del Tratado, como la ambigüedad de los Principios rectores de Naciones Unidas, la confusión del alcance de la responsabilidad civil y penal, de la ley aplicable y la cooperación judicial e indicó que la UE está considerando actualmente una legislación regional sobre derechos humanos y obligaciones de debida diligencia ambiental para las empresas de la UE en 2021, y especificó que la participación de la Unión Europea se limitaría a aclarar cuestiones dada la falta de mandato formal³².

³¹ Vid sobre la génesis O., DE SCHUTTER, “Towards a new treaty on business and human rights”, *Business and human rights journal* 1, 2015, pp. 41-67. A., PIGRAU, “Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, C., MARULLO, F., ZAMORA, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 27-68

³² Esta información es la que aparece en la página web de Naciones Unidas, relativa a la negociación del Tratado vinculante empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas.

VI. Principales estándares de organizaciones internacionales.

30. El papel de las empresas en la protección internacional de los derechos humanos se empieza a plantear en los años sesenta³³ en el marco del *Derecho internacional de inversiones y del derecho al desarrollo*, en las relaciones norte-sur, en la descolonización y en la aspiración a un *Nuevo orden económico internacional* (NOEI). En las relaciones internacionales el Derecho internacional público ha regulado los comportamientos del poder público, debido a la dimensión horizontal de este orden jurídico, si bien una sociedad privada internacional que, indicaba Rigaux, se ha construido en el vacío jurídico, pues no el Derecho internacional clásico ni el derecho internacional privado aportan las reglas cuya necesidad, decía en 1977, es urgente³⁴

31. En este marco las preocupaciones principales³⁵ en aquellos años tuvieron que ver con el régimen de inversiones extranjeras y de las sociedades transnacionales. Fue la dificultad de llegar a un convenio multilateral vinculante lo que conduciría a la elaboración de un código de conducta, al que se referían tanto la Resolución 1913 (LVII) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas como el programa de acción relativo a la instauración de un nuevo orden económico internacional. En todo caso la noción de código de conducta no encajaba en las categorías jurídicas tradicionales. En este contexto en 1974 se crea la comisión de sociedades transnacionales en aplicación de la Resolución 1913 (LVII) del Consejo económico y social de Naciones Unidas.

32. En 1977 la Organización internacional del Trabajo aprobó la *Declaración tripartita de principios sobre Empresas multinacionales y política social*, que aborda la cuestión desde su marco competencial. No era una declaración vinculante para las multinacionales. En 1988 se completó con la *Declaración sobre los principios y los derechos fundamentales en el trabajo*, que se refiere a la libertad de asociación, al derecho de negociación colectiva, a la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, y de la discriminación en el empleo.

33. En 1976 en la OCDE se aprobaron unas *líneas directrices para empresas multinacionales de la OCDE*, de naturaleza recomendatoria, que empezaron a referirse a derechos humanos en 2000 y, posteriormente, se ampliaron (2011). Su respeto es voluntario, si bien los Estados partes de la organización se comprometen a promover su cumplimiento. En 2018 se aprueba una *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. Además se han aprobado guías sectoriales de debida diligencia en cadenas de suministro en el sector extractivo y financiero³⁶. Asimismo la OCDE adoptó medidas sobre obligaciones de debida diligencia relativas a un enfoque común sobre créditos a la exportación, en 2012.

34. *Global compact*³⁷ es una iniciativa que se aprueba en 2000 y las empresas que se adhieren a la misma asumen diez principios, lo que per se era muy innovador. Se lanzó en el foro económico de Davos por Kofi Annan para hacer un mercado mundial con legitimidad y equidad. Incluye obligaciones de *soft law* de las multinacionales. Muchas multinacionales se han adherido al global compact, al igual que la FIFA o el Comité Olímpico internacional. Algunos lo ven con espíritu muy crítico,

³³ Vid. F. MARRELLA, "Droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *RCADI*, pp. 60 ss.

³⁴ F. RIGAUX, *Droit public et Droit privé dans les relations internationales*, Editions A. pedone, París, 1977, 486 pp., p. 3

³⁵ R., BERMEJO, *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1982, 505 pp., 270 ss.

³⁶ OCDE *Due diligence guidance for responsible supply chains of minerals from conflict-affected and high risk areas*, París, 2016; OCDE *Due diligence guidance for responsible supply chains in the garment and footwear sector*, París, 2018; OCDE *guidande responsible agricultural supply chains*, París, 2016. OCDE *Due diligence guidance for meaningful stakeholder engagement in the extractive sector*, París, 2017; OCDE *Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains*, París, 2017.

³⁷ Vid. L., BOISSON DE CHAZOURNES, E., MAZUYER, *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

como parte del marketing. El problema principal es la falta de control de puesta en práctica de los compromisos³⁸.

35. La organización internacional de normalización (ISO) aprobó en 2010 la *Norma ISO 26000 Guía sobre responsabilidad social*, que ni es vinculante ni es certificadora y tiene por objeto impulsar un comportamiento responsable de las empresas, en relación con buenas prácticas de responsabilidad social corporativa.

36. Algunas entidades financieras han reconocido su responsabilidad, como el Banco Europeo de inversiones (*Declaración sobre los principios y estándares medioambientales y sociales*, de 2009), el Banco Europeo de reconstrucción y desarrollo (*Política medioambiental y social*, 2019), la Corporación Financiera Internacional (*Política sostenible*, 2012), el Banco interamericano de desarrollo o el Banco Mundial. Han introducido elementos de debida diligencia en sus proyectos, si bien no es algo generalizado en el sector.

37. Asimismo se han creado *mecanismos de autorregulación* de los ANE, generales y sectoriales, que plantean la cuestión de si el DI se está degradando o si, por el contrario, refleja una etapa en el desarrollo progresivo del Derecho internacional³⁹. Se plantean dudas sobre el papel de los ANE en la evolución y desarrollo progresivo del DI. Algunos autores se refieren a la regulación colaborativa (entre sujetos y ANE)⁴⁰, que plantea cambios en la naturaleza del proceso nomogénico internacional.

VII. Los Principios Rectores empresas y derechos humanos de Naciones Unidas

38. Los *Principios Rectores* suponen un momento de cambio en los estándares internacionales. Se han convertido, como indicaba en 2021 el Grupo de trabajo de Naciones Unidas, en un *concepto transformador*. Se concibieron como un punto de partida para abordar los desequilibrios entre el Estado, las personas y los mercados. Han servido para tomar conciencia y para que se plantee el tránsito de las obligaciones voluntarias a los estándares jurídicos. Hay un consenso en la OCDE sobre la necesidad de establecer requisitos jurídicos basados en los Principios Rectores y en los estándares antes indicados.

39. El *origen* de los Principios Rectores está en la propuesta inicial de Argentina, India, Noruega, Nigeria y Rusia. Se realizaron con la colaboración del mundo empresarial y de ONGS de la sociedad civil como Oxfam o Global victims, entre otras muchas. Su finalidad era hacer -indicaba Ruggie- un “progreso acumulativo global”. Se basaron en conversaciones con muchos grupos, expertos, miembros de la sociedad civil, consultas.

40. No se abordaba desde el binomio obligatorio/no obligatorio sino desde la idea de *impulsar la gobernanza internacional tanto con el papel del Estado como de las propias empresas*. Su gran aportación era establecer un marco, un *proceso* que generase una dinámica de buenas prácticas. Los principios tenían vocación de desarrollo progresivo, pues no cabría que se aplicasen igual ni en todos los países, sectores y actividades. Indica Prandi⁴¹ que la propuesta suponía un “by-pass a los que históricamente defendían un instrumento vinculante para la regulación de las empresas, trasladando hábilmente el debate del ámbito jurídico al de la ciencia política y las relaciones internacionales”.

³⁸ F., MARRELLA, *Droits de l'homme...*, cit., p. 71.

³⁹ Cfr. C. BAILLIET, *Non State actors, soft law and protective regimes. From the margins*, Cambridge University Press, 2014, 318 pp.

⁴⁰ Sobre esto K. BUHMANN, *Power, procedure, participation and legitimacy in global sustainability norms. A theory of collaborative regulation*, Routledge, 2017

⁴¹ M. PRANDI CHEVALLIER, “Los principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: significado y alcance”, *Empresas y derechos humanos, Tiempo de paz*, n° 22, otoño de 2016, pp. 15 ss.

41. Los *Principios Rectores empresas y derechos humanos* fueron así la alternativa ante las dificultades que planteaba realizar un tratado internacional vinculante, en las décadas previas, en intentos similares.

Con los Principios Rectores se pretendía lograr un mínimo consenso global que luego se desarrollase. Señala Noval Pato⁴² que a través de los mismos se pretendía hacer confluír la dinámica de los Estados (y el orden internacional), de las empresas (y sus mecanismos de autorregulación) y de la sociedad civil (y su labor de sensibilización y de presión), que van por lógicas distintas.

42. En el Derecho internacional la proliferación de recomendaciones y otras normas de *soft law* ha llevado a difuminar algunas reglas. En el ámbito empresas derechos humanos, lo mismo que en otros, se ha producido una proliferación de instrumentos de *soft law*. Laserre estima que la proliferación de fuentes conduce a su mayor relatividad. En esta línea señala Esteve que ha habido una “hiperinflación de iniciativas de *soft law* de cuestionable eficacia”⁴³. Vivimos, indica Jiménez García, en un tiempo líquido, una sobre-estandarización o sobre-producción del derecho⁴⁴. Ahora bien la inflación de *soft law*, de recomendaciones es lógica porque el proceso que da lugar a una norma es progresivo, en ausencia de un legislador central internacional. Hay resistencias de los Estados en obligarse, lo que les lleva a aceptar mejor compromisos no obligatorios, políticos, o meramente declarativos. Pero el derecho suave, o en agraz, el no derecho, tiene relevancia en el sistema normativo. Puede estar en el origen de un proceso de normación, pues los tratados o las costumbres no surgen del vacío, sino que viene precedidos de *soft law*. También puede tener un efecto cristizador y ser el punto de llegada de una norma en la formación de una costumbre⁴⁵. Y, como vemos, también dan lugar a desarrollos del derecho comparado que luego pueden contribuir al desarrollo del derecho regional europeo e internacional.

43. Estamos en un ámbito, el de las empresas y los derechos humanos, que es ejemplo en el fenómeno de desarrollo normativo más allá de la esfera interestatal, lo que ha dado lugar a que se plantee si existe un *derecho internacional administrativo* (o un derecho administrativo internacional) que sería el resultado tanto de la acción de las organizaciones internacionales como, en la sociedad global de diversas fuentes tales como autoridades nacionales reguladoras que establecen redes, administraciones nacionales que cooperan, instituciones privadas (como la organización internacional de normalización, ISO), entre otras, lo que plantea difíciles cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del denominado derecho administrativo global⁴⁶

44. Esto introduce un *panorama normativo confuso* sobre el que es importante realizar una labor de cribado que permita tomarse en serio los derechos humanos y no confundir la violación de una obligación o de una recomendación. Los desarrollos mediante el derecho interno (una ley de diligencia debida) y el Derecho internacional (un tratado o una directiva) permiten desarrollar progresivamente y codificar el derecho en este sector en cambio, lo que sería necesario. Y para ello también es conveniente seguir la vía del desarrollo del derecho interno, sobre la que vamos a ver los principales modelos.

⁴² J., NOVAL PATO, “¿Los derechos humanos en la agenda del gobierno corporativo?. En especial, la obligación de “due diligence””, *Revista de derecho de sociedades*, núm 60, 2020

⁴³ J.E., ESTEVE MOLTO, “La limitada responsabilidad de las empresas transnacionales: el necesario tránsito del *soft law* autoregulatorio a un Tratado vinculante”, *Os sujeitos não estaduais no direito internacional*, Pereira Coutinho, F., Tiago de Melo, Rodríguez Barrigón, J.M., Ed Petrony, pp. 2019-237.

⁴⁴ N.V., LASERRE *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Lexis Novis, París, pp. 1 ss; F., JIMENEZ GARCIA, *Derecho internacional líquido. ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Civitas. Thomson Reuters, 2021, pp. 24 ss.

⁴⁵ C.FERNÁNDEZ LIESA, *El sistema universal de derechos humanos: teoría y realidad*, Zaragoza, 2021, p. 40

⁴⁶ Vid. C., BORIES, “Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique: tâtonnements et hésitations du Droit et/ou de la doctrine”, *Un droit administratif global?*. Cedin, Ed. A Pedone, 2012, p. 57.

VIII. Modelos de derecho comparado

a. El modelo francés

45. El modelo francés reposa en la *ley relativa al deber de vigilancia* que, en 2017, adoptó la Asamblea Nacional. Esta ley modificaba el código de comercio incluyendo un nuevo artículo L 225, que establece criterios sustantivos para cualquier sociedad que, en dos ejercicios consecutivos, tenga al menos 5.000 asalariados y a sus filiales directas e indirectas cuya sede social esté fijada en territorio francés, o al menos tenga 10.000 asalariados en su seno y en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté en territorio francés o en el extranjero.

46. En estos casos la sociedad tiene que poner en marcha de manera efectiva un *plan de vigilancia*. Las filiales o sociedades controladas que superen el nivel mencionado se entiende que pueden cumplir con sus obligaciones si la sociedad que las controla (en el sentido del art. 223, 3) establece y pone en marcha un plan de vigilancia relativo a la actividad de la sociedad y del conjunto de las filiales. El plan incluye *medidas de vigilancia* propias para identificar los riesgos y para prevenir las afectaciones graves a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas así como el medio ambiente, que resulten de las actividades de la sociedad y de las sociedades que controla en el sentido del II del artículo L 233-16, directa o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas o de los proveedores con los que se mantiene una relación comercial, cuando estas actividades se vinculan a dicha relación. El plan tiene la lógica de realizarse con la colaboración de las filiales y debe comprender las medidas siguientes: -Una *cartografía de los riesgos* destinada a su identificación, su análisis y su jerarquización; -Procedimiento de evaluación regular de la situación de las filiales, subcontratistas y proveedores con los que se mantiene una relación comercial, en relación con la cartografía de los riesgos; -Acciones adaptadas para la atenuación de los riesgos y a la prevención de daños graves; -Un *mecanismo de alerta y de recogida de señales relativos a la existencia o a la realización de los riesgos*, establecido en concertación con las organizaciones sindicales representativas de dicha sociedad; -Un *dispositivo de seguimiento* de las medidas puestas en marcha y de evaluación de su eficacia. El plan de vigilancia debe hacerse público e incluirse en un informe. Un decreto puede completar las medidas de vigilancia y precisar las modalidades de elaboración y de puesta en marcha del plan de vigilancia

47. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones se preveía que si una sociedad no respeta las obligaciones indicadas en cuanto al plan de vigilancia cualquier persona con un interés legítimo puede acudir a la jurisdicción competente. Y que el juez puede condenar a la sociedad al pago de una multa civil de un montante que no puede ser superior a los 10 millones de euros. El juez debe fijar, se indicaba, el montante de la multa en proporción con la gravedad de la falta y en consideración a las circunstancias de éste y de la personalidad de su autor⁴⁷. La multa no podía ser una carga deducible del resultado fiscal.

48. La *Decisión n° 2017-750D de 23 de marzo de 2017 relativa a la ley de deber de vigilancia de las empresas*, del Consejo constitucional francés consideró estas penas contrarias al *principio de legalidad de los delitos y las penas* por falta de claridad y de referencia normativa, y porque la sanción no estaba suficientemente definida. El Consejo constitucional consideró que tenían razón (pár 13 de la decisión) “teniendo en cuenta la generalidad de los términos empleados, del carácter amplio e indeterminado de la mención a los “derechos humanos” y a las “libertades fundamentales” y del perímetro de sociedades, empresas y actividades que entran dentro del ámbito del plan de vigilancia instituido, por lo que el legislador no podría, sin desconocer las exigencias del art. 8 de la Declaración de 1789 y con independencia del objetivo de interés general de la ley. Por lo tanto estimó que la multa era inconstitucional.

⁴⁷ Además el incumplimiento de las obligaciones del plan compromete la responsabilidad del autor y le obliga a reparar el daño que la ejecución de esas obligaciones hubiera podido evitar. En este caso el montante de la multa señalado puede ser incrementado hasta tres veces, en función de la gravedad y de las circunstancias del incumplimiento y del daño

Ello no obstante y a pesar de la petición de los demandantes consideró que si que cabía comprometer la responsabilidad y reparar los daños que el incumplimiento de las obligaciones de vigilancia hubiera podido producir, en virtud de los artículos 1240 y 1241 del código civil. Asimismo el Consejo de Estado estimó que la obligación de publicidad del plan de vigilancia no limitaba la libertad de emprendimiento (reconocida por el art. 4 de la Declaración de derechos humanos, de 1789) y que era conforme con otras cuestiones.

Los Tribunales franceses ya han adoptado diversas decisiones sobre la ley, y parece que la jurisdicción competente será la civil⁴⁸. En todo caso la primera reclamación por daños sobre la base de la ley de vigilancia fue presentada frente a una compañía francesa por 11 ONGs francesas y americanas el 3/III/2021 *Tribunal judiciaire de Saint Etienne contra Casino*, una empresa con actividades en Brasil y en Colombia en relación con su posible implicación en la deforestación de la selva amazónica.

b. El modelo alemán y el de California

49. En Alemania destaca el acto *legislativo sobre el deber de cuidado en derechos humanos en las cadenas de suministro*, que entrará en vigor en 2023 para compañías de más de 3.000 empleados, y para 1000 desde 2024, que tendrán la obligación de adoptar acciones de defensa de derechos humanos en sus propias actividades y en sus cadenas de suministros. Las empresas deben comportarse de acuerdo con la debida diligencia en relación con los derechos humanos y ciertos riesgos medioambientales. Un análisis de riesgos debe realizarse al menos una vez al año, con requerimientos para informes regulares y la implementación de medidas preventivas donde se identifican riesgos. La propuesta no incluye disposiciones de *civil liability* ante la oposición del Ministro alemán de economía y de las compañías que temía consecuencias jurídicas impredecibles y litigaciones masivas. Sin embargo el Acta crea un derecho a las ONGs y a los sindicatos de litigar ante las Cortes alemanas en nombre de los particulares afectados, por violación de derechos humanos.

50. En California el modelo se basa en la *información al consumidor*, que a nuestro juicio no son los más relevantes ni los que se deberían emular -lo que no obsta que en la propia ley se pueda contener disposiciones en esta cuestión-. La lógica sería que el consumidor no compraría productos o servicios que vengan acompañados de violaciones de derechos humanos. En este sentido destaca la *ley de California sobre transparencia en la cadenas de suministros, de 2010*. Esta ley pretende que sea el consumidor el responsable al adquirir bienes producidos por empresas que gestionan de manera responsable sus cadenas de suministros⁴⁹. Esta ley obliga a las multinacionales a divulgar sus acciones a favor de la erradicación de las violaciones de derechos humanos no solo en la empresa, sino también en la cadena de suministro (p. 181). En esta ley empresas y consumidores (privados) juegan un papel en erradicar las violaciones de derechos humanos. La ley sanciona a las empresas por no publicar información empresarial, sin entrar a valorar lo que esa información contenga. Por ejemplo, si la empresa no hace nada en la cadena de suministro y se informa de ello, no ocurre nada, pues se cuenta que sea el consumidor el que garantice el éxito de la ley.

51. En el caso *Barber v Nestle* (USA) un tribunal de distrito rechazó la demanda contra Nestlé planteada por la demandante (Barbie) por la denominada *safe harbour doctrine* (*doctrina del puerto seguro*). La ley no obliga sino a informar, no a realizar acciones contra la esclavitud. Los demandantes sostenían que Nestlé tenía que dar otra información al vender su producto, por ejemplo sobre trabajos

⁴⁸ Así, el 20/XII/2020 la Corte de apelación de Versalles ha adoptado dos decisiones que confirman que los tribunales comerciales (y no los civiles) tienen jurisdicción exclusiva en estos temas, lo que puede revisar la Cour de Cassation. El 11/II/2021 el Tribunal judicial de Nanterre consideró sin embargo la exclusiva jurisdicción de las cortes civiles y no comerciales para determinar si las compañías comerciales cumplen o no con su plan de vigilancia

⁴⁹ Vid. A. MUÑOZ FERNÁNDEZ/ J. SALES PALLARES, “Las leyes antiesclavitud: primeras respuestas judiciales”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Chiara Marullo, Zamora, F., Ed. Científica, 2018, pp. 277 ss.

forzados posibles, lo que se entendió que no procedía pues no lo había especificado el legislador. Hay que ser conscientes de las limitaciones de estos modelos. Como han analizado Chambers y Yilmaz⁵⁰ el Estado se ha retirado de la obligación de vigilancia en aquellos casos en que dichas funciones parecen hacerlas los consumidores, la sociedad civil y los inversores. Llegan a la conclusión que esta casi *retirada de la vigilancia y de la aplicación de las leyes que quedan bajo la responsabilidad de los consumidores y de la sociedad no es positiva*. Sin un mecanismo regulador que asegure la calidad de la información así como procesos de debida diligencia y que imponga sanciones por su incumplimiento no solo esos procesos de información pueden ser inadecuados, sino que hay un riesgo de información engañosa y de procesos defectuosos que pueden enmascarar impactos nocivos en los derechos de los trabajadores y en las cadenas de suministros. Una aproximación más efectiva de vigilancia y cumplimiento exige que el Estado sea el actor clave a través del cual el consumidor, la sociedad civil y los inversores pueden responsabilizar a las empresas.

c. Modelos basados en la violación de normas de *Ius cogens*

52. Resulta de interés diferenciar entre obligaciones de derechos humanos vigentes para el Estado en virtud de tratados internacionales a los que se ha comprometido de otras obligaciones internacionales vigentes en virtud de normas consuetudinarias de alcance general. El derecho internacional de los derechos humanos internacionalmente reconocidos forma parte de los compromisos consuetudinarios y generales que tiene la Comunidad internacional de Estados en su conjunto y por lo tanto los Estados miembros de la misma *uti singuli*, de tal manera que sería exigible a todos ellos su cumplimiento, siendo un estándar asimismo exigible desde la perspectiva del Derecho internacional a las empresas.

53. Asimismo hay que distinguir entre las normas internacionales *erga omnes* y las de *Ius cogens*. Como ha tenido oportunidad de reflexionar la CDI y la doctrina⁵¹ la existencia del *Ius cogens* y sus características propias tienen una especial incidencia en el Derecho internacional de los derechos humanos, siendo normas que protegen los valores esenciales de la Comunidad internacional. Una ley de debida diligencia debiera incluir un régimen especial en cuanto a estas normas, de debida diligencia reforzada.

54. Hay que distinguir las normas de *Ius cogens* de la noción de *Derechos humanos internacionalmente reconocidos*, que tiene un efecto *erga omnes* de las normas de *Ius cogens*, que debieran tener un régimen de debida diligencia reforzada. Son normas de *Ius cogens* todas aquellas reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto con tal naturaleza, de acuerdo con lo indicado por el art. 53 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, de 1969. Además no cabe duda de que se consideran como normas de *Ius cogens* algunas que tienen especial relevancia en el ámbito empresa derechos humanos, como las que prohíben la trata de seres humanos, el trabajo forzado, el genocidio, la discriminación racial y el apartheid, la tortura y los tratos inhumanos y/o degradantes, la vulneración del derecho de libre determinación, los crímenes contra la humanidad, las normas intransgredibles de derecho humanitario, la que prohíbe el uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, entre otras. A estos efectos es conveniente que una ley tenga un régimen especial de debida diligencia empresarial reforzada cuando exista un efecto adverso potencial o real de violación de normas de *Ius cogens*, tanto para que las empresas realicen una vigilancia reforzada como por las consecuencias que deben aplicarse en esos casos que, además de las generales, lleven a la nulidad e inaplicabilidad de todo acto jurídico contrario a una norma de *Ius cogens*, tales como contratos, leyes internas, tratados

⁵⁰ R. CHAMBERS/ A. YILMAZ VASTARDIS, “Human rights disclosure and due diligence laws: The role of regulatory oversight in ensuring corporate accountability”, *Chicago Journal of International Law*, 2021, pp. 323 ss; *The Danish Institute for human rights, How do the pieces fit in the puzzle?. Making sense of EU regulatory initiatives related to business and human rights*, January 2022; Clifford Chance, *Business and human rights. Navigating a changing legal landscape*, January 2022; E. JACKSON, “The case for eoliability: Post okpabi justifications for the imposition of liability on parent companies for damage caused to the environment by their subsidiaries”, *LSE Law review*, 2021 pp. 62 ss;

⁵¹ Vid. C. GUTIERREZ ESPADA, *De la alargada sombra del Ius cogens*, Comares editorial, Granada, 2021, 189 pp

internacionales u otros actos jurídicos, en una aplicación coherente y expansiva de los artículos 27 y 53 del convenio de Viena sobre derecho de los tratados.

55. Algunos Estados han adoptado leyes de debida diligencia solo cuando se violan o hay riesgo de violación de algunas normas de tal naturaleza. Es el caso de la *Child labour due diligence act* (2019) que introduce la obligación de debida diligencia de las empresas, de cualquier tamaño o clase, para investigar si sus bienes o servicios han sido producidos utilizando mano de obra infantil. Las empresas tienen que preparar un plan de acción si hay motivos para sospechar que puedan surgir problemas de ese tipo. Habrá una supervisión reguladora de la aplicación por las compañías del cumplimiento de las medidas. Se prevén también posibles multas y posibles responsabilidades penales a nivel de dirección. Holanda es uno de los países con sanciones penales en el marco de la debida diligencia en derechos humanos. Del mismo modo, en el Reino Unido la *modern slavery act 2015* fue una de las primeras medidas para hacer frente a cadenas de suministro. El modelo ha sido criticado porque no hay un régimen de cumplimiento y se basa fundamentalmente en que las compañías deben realizar una *declaración*, por lo que se ha planteado desde 2020 reforzarlo mediante diversas medidas, incluidas las del derecho penal.

56. En este sentido hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe la *discriminación racial y el apartheid, el genocidio, la trata de esclavos, o la que reconoce el derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos inhumanos o degradantes, los principios intransgredibles de derecho internacional humanitario, o la obligación de respetar el derecho de libre determinación*. Sobre estas normas de *ius cogens*, que tienen un fundamento y origen consensualista que exige que la comunidad internacional de Estados en su conjunto así lo acepte (artículo 53 del convenio de Viena sobre derecho de los tratados) se debe establecer un régimen especial pues son normas de *ius strictum o preceptivum* que protegen los intereses más esenciales de la Comunidad internacional, un orden público internacional que ha sido aceptado no solo por España sino por el conjunto de los Estados y que forman parte del núcleo duro de derechos humanos. Estas normas tienen un régimen especial en el Derecho internacional, tanto por lo que se refiere a su formación como a los efectos jurídicos de su violación. Cuando se viola una norma de *ius cogens* se multilateralizan las obligaciones (que serían erga omnes) y todos los Estados tienen la obligación de cooperación para eliminar esa violación (de ser posible), de no reconocer la situación resultante de la misma y para hacer lo posible para la cesación del hecho ilícito de extrema gravedad que supone.

57. Tal vez esta es la línea que apunta la jurisprudencia de Canadá en el *asunto Nevsum Resources Ltd v Araga* (2020) en el que la jueza Abella ha considerado que la “deferencia basada hacia sistemas jurídicos extranjeros acaba donde empiezan claras violaciones del Derecho internacional y de los derechos humanos”. En cuanto al eventual sometimiento de las empresas al Derecho internacional la juez Abella y otros cuatro colegas (una mayoría escasa han considerado que la *doctrina de la incorporación del derecho internacional consuetudinario y la aplicación de normas de Ius cogens* es relevante en un Estado extranjero hay fundada y reiterada conciencia de lesiones de los derechos humanos. Los tribunales (canadienses) están legitimados para considerar evidencias de la situación general de tales derechos

IX. La debida diligencia como concepto motor.

58. La debida diligencia es una noción que se ha puesto de moda en relación con las responsabilidades de las empresas en derechos humanos. Vamos a analizar su alcance en el marco del Derecho internacional y su aplicabilidad a una ley empresas y derechos humanos.

a. La noción de debida diligencia en el Derecho internacional.

59. La debida diligencia es un término de arraigado origen histórico, que viene del término latino *dis-ligentia*, que se refiere al cuidado con el que se hacen las cosas o, en un sentido inverso, con la

falta del mismo (*neg-ligentia*). Se utilizaba en el derecho privado romano en tanto que la diligencia que se le pedía a un buen padre de familia. En el ámbito empresarial se utiliza desde la traducción del término inglés *due diligence* que tiene otras connotaciones en su vinculación con el más reciente derecho de los negocios. Se ha producido, indica Besson⁵², un recurso sistemático al inglés cuya aplicación a las empresas puede resultar problemática, pues tal vez no contribuye suficientemente a su clarificación conceptual. En relación con las empresas sería más adecuado utilizar el término *vigilancia*, de la ley francesa. El término *debida diligencia* se usa en el Derecho internacional desde arbitrajes de fines del siglo XIX en relación con los Estados, en contextos muy distintos al de las empresas. La *due diligence* viene en relación con éstas de los estándares de derecho de los negocios y de la práctica comercial americana, indica Besson, que se refieren a procedimientos de evaluación puramente fiduciarios de examen minucioso de una empresa por un eventual comprador, lo que tampoco tiene relación con el objeto de la ley de *debida diligencia* ni, en puridad, con los derechos humanos. No se trata sin embargo de enzarzarse en debates puramente terminológicos, que pueden solventarse si se define qué debe entenderse por *debida diligencia* de las empresas. Tal vez sea inevitable su uso al haberse extendido, si bien parece más adecuado el de *vigilancia*, que resulta más diáfano. Se ha producido una transposición de la *debida diligencia* de las empresas en el derecho de los negocios a la *human rights due diligence* de las empresas por extensión de un *corporate due diligence*, como indica la citada autora Besson.

b. La debida diligencia del Estado

60. Una obligación de *debida diligencia* la tiene, en primer lugar el Estado. Con este estándar de *debida diligencia* del Derecho internacional público los Estados tienen la *obligación de prevenir, proteger y de reparar los daños*, lo que les obliga a probar que han tenido cuidado (*standard of care*) y a no hacer daños (*no harm rule, duty not to harm*), adoptando medidas razonables aptas para proteger los intereses o los derechos de otros Estados, de otros sujetos de Derecho internacional, o de nacionales extranjeros contra los riesgos de realizar daños en su territorio o bajo su jurisdicción o control, en materia de medio ambiente y de derechos humanos

61. Según el conocido principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* todo Estado está obligado a evitar que las actividades que se realizan en su territorio (terrestre, aéreo, marítimo) o bajo su jurisdicción (aviones, buques, Embajadas..) o control (de facto) se causen daños a otros Estados. Este principio fue precisado en el célebre asunto de la *Factoría del Trail*, en un famoso laudo de 1941⁵³. Este es el fundamento de la distinción en el *Derecho internacional de la responsabilidad entre la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos*, cuyo proyecto, que refleja el derecho vigente, aprobó la Comisión de derecho internacional en 2001, y el *proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, que parte del principio -entre otros- de que la libertad de los Es-

⁵² S. BESSON, *La due diligence en Droit international*, The pocket books of the Hague Academy of International law, vol. 46, 2021, p. 19 ss. Vid. Además, A., PETERS, H., KRIEGER., (Dir.), *Due diligence in International law*, Oxford University Press, 2020; K., BANNELIER-CHRISTAKIS, "Obligations de diligence dans le cyberspace: qui a peur de la cyber-diligence?", *Révue belge de droit international*, vol. 50, 2, 2017, pp. 612-655; R.P.J., BARNIDGE, "The due diligence principle under international law", *International community law review*, vol. 8, 1, pp. 81-122. J., BONNITCHA, McCORQUODALE, "The concept of due diligence in the UN Guiding principles on business and human rights", *European Journal of international law*, vol. 28, 3, 2017, pp. 899-919; I., CARACCILOLO, "Due diligence et droit de la mer", *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études franco-italienne du Mans, Paris, pedone, 2018, pp. 163-187; J.F.L., CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007; A., RODRIGO, "Due diligence obligations as a tool to manage radical vulnerability derived from climate change", M. CAMPINS, R. BENHAOU, (Eds), *Understanding vulnerability in the context of climate change*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 65-84.

⁵³ En aquel caso se trataba de una empresa canadiense que era muy contaminante pero que como consecuencia de la dirección del viento la polución afectaba al suelo americano, pues la fábrica estaba cerca de la frontera. Estados Unidos realizó una protesta y quiso que se parase esa situación, pero Canadá invocaba que no se violaba ninguna norma. Finalmente el Tribunal arbitral, una vez examinado el Derecho internacional y el derecho interno americano que se aplica en las relaciones entre los Estados federados acudió a este principio del derecho romano considerando que nadie puede permitir que se use su territorio, o espacios bajo su jurisdicción o control de manera tal que se causen daños a otros Estados.

tados de realizar o permitir actividades en su territorio o bajo su jurisdicción o control no es ilimitada. Estas reglas pueden inspirar el desarrollo e interpretación de las obligaciones de debida diligencia pues se basan en la *teoría del riesgo por actividades peligrosas* que aborda la necesidad de adoptar medidas de prevención y de cooperación frente a riesgos previsibles. Esto se ha aplicado en el derecho internacional del medio ambiente en las relaciones entre Estados. En derechos humanos sería una extensión de la lógica aplicable a este otro sector.

62. En este sentido en el artículo 1 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad por contaminación transfronteriza se aplica a las actividades no prohibidas por el Derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Esto limita la aplicabilidad del proyecto a *las actividades contaminantes de carácter transfronterizo*. A tal efecto si hay un riesgo de causar un daño transfronterizo (art. 2, a) el Estado de origen tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas de prevención para prevenir el daño y, en su caso minimizarlo. De ahí que las empresas como las *extractivas, de las petroleras, los Estados deben exigir (el de origen y el de destino de su actividad) que se bevalúe el riesgo de causar daños y que se contribuya en las medidas de prevención*. Además el Estado está obligado a adoptar estas medidas diligentes en conexión con el Estado posiblemente afectado por la contaminación transfronteriza. Sería una actividad que se realiza en un Estado y que causa daños a otro Estado vecino. En tales casos el Estado de origen debe requerir -por ejemplo en una actividad contaminante en un río internacional- de unas *actividades de evaluación de riesgos, de consulta sobre las medidas de prevención de daños, de análisis sobre los factores de equilibrio de intereses, de comunicación y notificación entre los Estados afectados, a los efectos necesarios para que dicha actividad se realice de acuerdo con el Derecho internacional*. El Estado está directamente obligado, no es solo una obligación de la empresa, ni principalmente.

63. La debida diligencia del Estado en relación con las actividades empresariales y en el marco de su obligación de legislar debe reflejarse en otras dimensiones. En primer lugar en una *obligación general de respetar y proteger los derechos humanos y el medio ambiente* que comprende la obligación de prevenir todo efecto adverso sobre los mismos en el contexto de las actividades empresariales. A tal efecto el Estado debe velar por evitar que las empresas que están en su territorio o que actúan bajo su jurisdicción o control causen o contribuyan a causar efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente, así como para difundir entre las empresas los estándares debida diligencia. Además el Estado debe evitar que se produzcan desde su territorio o bajo su jurisdicción o control daños sensibles a otros Estados, para lo que debe cooperar con los posibles Estados afectados y con las organizaciones internacionales para, en su caso, establecer mecanismos de vigilancia apropiados.

64. Asimismo resulta conveniente desarrollar obligaciones específicas respecto de la *contratación pública*, lo que en el caso de España debiera llevar a modificar la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. A las empresas que contraten con el Estado debiera exigirse que cumplan con la debida diligencia en derechos humanos. Y ello porque el Estado debe dar ejemplo al sector privado, de un lado, y porque de otro el comportamiento de empresas públicas puede, en caso de ejercer atribuciones de poder público, ser atribuible al Estado. De ahí que sea conveniente el que haya un *régimen de debida diligencia reforzada para las empresas públicas*.

65. El Estado también debe apoyar a las empresas para lo que debe impulsar *medidas de fomento y de control*. Por lo que se refiere a la primero debe apoyar a las empresas, fundamentalmente a las pequeñas y medianas, para favorecer y apoyar el cumplimiento de sus obligaciones.

66. Por lo que se refiere a lo segundo los Estados deberían crear una *autoridad nacional supervisora de naturaleza administrativa independiente con personalidad jurídica propia, una Comisión nacional de derechos humanos y empresas*, que ejerza las funciones propias de supervisión a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y medio ambiente. El establecimiento de obligaciones para las empresas no tendría suficiente entidad ni sería eficaz caso de que no

fuese objeto de un control especializado que permitiese contribuir a ayudar a las empresas en su labor de debida diligencia, precisar en su caso los requerimientos de debida diligencia reforzada, mantener un registro y supervisar las declaraciones y planes de debida diligencia, realizar recomendaciones, asesorar a los órganos estatales y a las empresas, articular mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, un procedimiento de reclamaciones y, finalmente, un régimen sancionador que establezca las infracciones y las sanciones, debidamente tipificadas, para establecer un régimen disciplinario de acuerdo con la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

c. La debida diligencia de las empresas

67. La debida diligencia de las empresas puede definirse, de conformidad con los Principios Rectores de Naciones Unidas como “un proceso continuo de gestión que realiza una empresa de manera prudente y razonable a la luz de las circunstancias y en el sector en que opera para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En ese proceso de debida diligencia las empresas deben respetar los derechos humanos, prevenir riesgos, realizar políticas a tal efecto. La idea de riesgo de violación de derechos humanos por su actividad es relevante, pues hay que evaluarlos y prevenir que se conviertan en violaciones⁵⁴. De igual modo se ha definido por ISO 26000 a la debida diligencia en derechos humanos como un “proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económicos de las decisiones y de las actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto o de una actividad de la organización, con el objetivo de evitar y de mitigar dichos impactos negativos”. Las definiciones de debida diligencia empresarial tienen estos elementos cuya concreción cambiará la cultura empresarial.

68. Las empresas deberían incorporar mecanismos de identificación, prevención, mitigación de riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente y de reparación de los daños. Los Principios rectores contemplan (11 a 22) la *responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*. Las empresas no tienen la obligación de proteger y de garantizar derechos humanos sino que no deben violarlos (“abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en que tengan alguna participación”) y deben prevenir la violación, mitigarla y repararla, indican los PR. Si, además, una empresa promueve los derechos humanos sería bueno, pero no forma parte de su objeto, ni es una forma de compensar otros incumplimientos.

69. El abanico de derechos humanos que tiene la responsabilidad de respetar una empresa es el de (PR 12) los *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Los derechos humanos constituyen un lenguaje común de la Comunidad internacional. En España tanto desde la perspectiva constitucional como de los compromisos internacionales adoptados no hay problema para su aceptación. Aceptar ese corpus iuris no genera obligaciones ni derechos humanos que no existan tanto en el derecho convencional como consuetudinario, tanto en el derecho español como en el de la Unión Europea y en el ámbito del derecho internacional. Además pueden concurrir en determinados sectores otras normas de alcance general como las relativas a pueblos indígenas o a conflictos internacionales, por poner dos ejemplos.

d. Elementos básicos de un régimen general de debida diligencia empresarial

70. Un régimen general de debida diligencia se basa en que las empresas incorporen los procesos que reflejen su compromiso de respetar los derechos humanos y el medio ambiente. Los principios operacionales 16 a 21 desarrollan la responsabilidad de debida diligencia, como indicamos⁵⁵. Como

⁵⁴ Vid. Un análisis en P. IBAÑEZ/ V.ORDOÑEZ, “Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos”, *Revista colombiana de Derecho internacional*, 12, enero-junio de 2014.

⁵⁵ Así, el PR 16 indica que para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humano las empresas *deben expresar*

indica el PR 17 este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas⁵⁶. Y que debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos cambian con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. A fin de calibrar los riesgos (PR 18) las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos y deben recurrir a expertos e incluir consultas con grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas. Deben asimismo integrar las conclusiones de la evaluación (PR 19) en los procesos internos, que deben basarse en indicadores adecuados.

71. Esto supone un *cambio de paradigma del papel de las empresas en derechos humanos*. Estos procesos se basan en la *teoría del riesgo* cuya lógica es que no se prohíbe una actividad que puede causar daños a los derechos humanos y al medio ambiente pues se entiende que es beneficiosa desde otras perspectivas para la sociedad. Pero como más vale prevenir que curar la teoría del riesgo pone el acento en el *daño potencial (frente al daño real)* que debe ser prevenido, del mismo modo que el daño real debe ser reparado.

72. Las empresas deben hacer frente a los “efectos adversos reales y potenciales en derechos humanos y gestionarlos”, expresión que una ley debería precisar. Una ley de debida diligencia no debiera resultar en que las empresas se concentren en riesgos sencillos de resolver, o que están de moda o concitan la atención de los medios de comunicación (diversidad, esclavitud moderna, por ejemplo), pero que no por ello son los riesgos reales que genera su actividad. *Identificar los riesgos reales de las empresas no es tarea sencilla*. En esto la evaluación de impacto en derechos humanos, reales y/o potenciales no pueden ser simbólicas o de plantilla cosa que será difícil de evitar.

73. Las empresas deberían evaluar los efectos potenciales y reales adversos que para los derechos humanos causan sus actividades. A veces las empresas pueden pensar que lo mejor es no atender estas cuestiones. Es lo que se ha llamado la *desventaja de los pioneros*, de una empresa que se pone bajo la luz y los taquígrafos mientras que otras no lo hacen. La transformación de la cultura empresarial por las empresas exige la adopción de incentivos, así como de medidas de seguimiento, indicadores objetivos, difusión de buenas prácticas. Habría que plantear cambios por sectores, para no dar la misma receta a empresas que nada tienen que ver. También sería necesario un cambio o complemento en la formación de los asesores jurídicos de las empresas, en los abogados mercantiles. Algunas de las medidas que implican los PR suponen además la apertura de canales de comunicación entre las Empresas y las voces críticas, las ONGs, la sociedad civil, las víctimas y afectados, los representantes sindicales y los miembros de la comunidad a la que no están habituados las empresas y que no es sencillo de articular. Habría que hacer un acompañamiento en dicha labor.

74. El régimen general de debida diligencia empresarial debería partir de que es un *proceso continuo y flexible*, a la luz de las circunstancias y del sector en que opera. Que este proceso debe llevar a identificar, evaluar, prevenir, mitigar, cesar y en su caso reparar los efectos adversos reales (y potenciales, en la prevención) en derechos humanos y medio ambiente. Realizar esta debida diligencia debe

su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa, se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo, establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos de su personal, socios y otras partes directamente vinculadas, se haga pública y se difunda a todo el personal, socios y partes interesadas y quede reflejada en las políticas y procedimientos operaciones para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

⁵⁶ La debida diligencia, indica el PR 17, además debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones

ser algo que se realice por la alta dirección de la empresa. Los procesos de debida diligencia deben plasmarse al menos en los siguientes elementos.

75. En primer lugar en la obligación de las empresas de realizar una *declaración* al más alto nivel directivo en la que se comprometan a respetar los derechos humanos y el medio ambiente. Esta declaración debe ser específica en cada empresa en relación con el sector en que opera y las circunstancias en que se desarrollan las actividades empresariales así como los posibles efectos reales y/o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La declaración debe ser conocida y en su caso revisada periódicamente. En segundo elemento, que sería el principal, es el de la realización de un Plan de diligencia debida de la empresa que debe abordar los efectos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente que se pueden producir por las actividades de la empresa. El plan debe reflejarse en una cartografía de riesgos que los identifique, analice y jerarquice y que establezca medidas de prevención, mitigación, cesación y no repetición así como reparación.

76. En estos procesos de debida diligencia se debieran establecer algunas disposiciones de participación de las partes posiblemente afectadas así como de la sociedad civil, tales como ONGs, sindicatos etc.. Asimismo deben las empresas establecer procedimientos de reclamación interna legítimos y accesibles que permitan remediar y reparar los efectos adversos potenciales y/o reales de los posibles afectados en un primer momento. También se podrían desarrollar mecanismos de conciliación y mediación. Todo ello sin perjuicio de posibles reclamaciones ante el órgano nacional supervisor o ante los tribunales de justicia.

77. Y junto al régimen general a algunas empresas se les debe aplicar un *regímenes especiales de debida diligencia* empresarial, en los siguientes ámbitos. En primer lugar, y como ya hemos señalado en relación con la *violación de normas de Ius cogens y con las empresas públicas*. En segundo lugar, con las empresas que operen en *sectores y/o actividades de riesgo*. A tal efecto no cabe duda de que no todas las empresas generan un nivel de riesgo equiparable de violación potencial o real en derechos humanos y medio ambiente, habiendo algunas que serían de alto riesgo. En estos casos habría que establecer un régimen de debida diligencia reforzada. De igual modo debiera establecerse un régimen especial de diligencia debida y pueblos indígenas, de acuerdo con lo establecido por el Derecho internacional general. O en relación con las *empresas en zonas afectadas por conflictos armados u otras situaciones equivalentes*, en las que se deben desarrollar estándares de debida diligencia reforzada. En todos estos casos deben desarrollarse elementos particulares en lo que la labor de la comisión empresas y derechos humanos debe ser relevante. De igual modo la ley debe establecer algunas obligaciones de debida diligencia reforzada que lleve a extremar la información, a precisar los indicadores de análisis y evaluación etc.

X. Otros elementos de una ley de diligencia debida

78. Estamos ante un *modelo abierto*, en el que el margen de maniobra de los Estados para su desarrollo es amplio. En todo caso hay que plantearse las siguientes cuestiones

a. Ambito de aplicación personal

79. Lo primero que se debe determinar es a qué *empresas se debe aplicar una ley de debida diligencia*⁵⁷. Aquí cabe un enfoque más o menos abierto. Algunos autores consideran que se debe aplicar a todas las empresas, lo que no parece razonable a nuestro juicio, cuando pensamos en muchas empresas pequeñas y medianas. De ahí que parezca oportuno establecer un estándar que puede depender de la facturación de la empresa, del número de trabajadores que tenga, o del sector de riesgo en el que opere, para

⁵⁷ Así, Noval Pato indica que se podría aplicar a las grandes empresas, siguiendo lo que por tal se entiende en la Unión (Art. 3 de la directiva 2013/34/UE, de 26/IV/2013). Pero habría que ajustarlo a la luz también de la práctica comparada

los derechos humanos y el medio ambiente. El estándar de la Unión Europea y los estándares de derecho comparado son muy elevados y se aplican solo a empresas con mucha facturación y trabajadores. Parece razonable reducir este estándar a un nivel intermedio. El punto exacto depende de la negociación política, por un lado y de una evaluación real sobre qué empresas deben extremar su vigilancia en materia de derechos humanos y de medio ambiente que tenga un impacto internacional

80. En segundo lugar habría que ver si se establece y cómo algunas *empresas que se consideren de riesgo* para los derechos humanos y el medio ambiente, a las que se debería establecer un régimen de debida diligencia reforzada, como vimos. En este sentido, el Reino Unido ha impulsado desde 2020 medidas para prohibir que grandes empresas que operan desde su territorio usen productos cultivados en tierras que han sido desforestados ilegalmente, lo que implica que se lleve a cabo una labor de debida diligencia en las cadenas de suministro con multas por incumplimiento. Y ha aprobado una guía de riesgos específicos y desafíos de debida diligencia e indicado que aprobará normas de contratación pública que prohíban contratar con proveedores cuando hay evidencias de violaciones de derechos humanos en la cadena de suministros. Habría que prever la existencia de estándares particulares sectoriales y regímenes de debida diligencia en función del sector, el ámbito geográfico en que se actúa (en zonas de conflicto), o en determinadas cadenas de suministro y/o problemas medioambientales. En algunas cuestiones se ha avanzado más que en otras y hay ya parámetros de actuación internacionalmente aceptados que deberían ser tenidos en cuenta en el proceso de elaboración de la ley.

81. Resulta asimismo de interés ver cómo las *nuevas tecnologías y la digitalización*, tanto en el contexto de la Unión Europea como en el espacio virtual podrían incorporar procesos de debida diligencia y qué tipo de medidas podría, en su caso, adoptar un Estado. Es un tema difícil que habría que analizar pormenorizadamente para que no fuese una regulación ineficaz e inútil.

b. Ambito de aplicación territorial

82. Muchas veces las violaciones de derechos humanos se producen en terceros Estados, que serán los competentes jurídicamente. Es difícil (como se ha visto en el caso del Delta del Níger o en el Chevron en Ecuador) que funcionen los sistemas judiciales en esas situaciones para evitar la impunidad de algunas violaciones.

83. Hay una tendencia a que los tribunales de los países occidentales cada vez quieran menos litigios ante sus tribunales por violaciones de derechos humanos cometidos en otros países, como muestra la evolución de la jurisprudencia en Estados Unidos, donde la *Alien tort claims act* (norma de 1789) se utiliza cada vez menos, fundamentalmente desde el célebre caso Kiobel. Esta norma se utiliza como una forma de prevenir, reprimir y violaciones por empresas de derechos humanos en Estados Unidos respecto de sucesos acontecidos fuera. Es una reserva de jurisdicción de los tribunales norteamericanos basada en los tratados internacionales y en un número reducido de normas contrarias a *Ius cogens*⁵⁸, que faculta a los tribunales americanos para conocer de acciones civiles en casos en que un extranjero reclame violaciones del derecho de gentes y tratados internacionales en que EEUU es parte (desde el conocido caso Filartiga, de 1980). La evolución de esta jurisprudencia ha ido a peor. Antes se entendía (desde el Asunto Sosa) que los tribunales tenían jurisdicción sobre un número limitado de conductas contempladas en los tratados internacionales o contrarias al *ius cogens*. Ahora se ha empezado a interpretar la extraterritorialidad desde 2012 de una manera distinta. En 2012 el TS americano se plantea si las empresas resultan responsables a la luz del Derecho internacional y si sus conductas en violación de los DDHH están cubiertas por el Acta. En 2013 emite una decisión que -indican Marullo y Zamora- es

⁵⁸ Vid. el comentario de M. MARULLO/ F.J.ZAMORA, “El Alien tort Statute y las consecuencias del Caso Kiobel en los litigios transnacionales sobre Empresas y derechos humanos”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Ed. Scientifica, 2018, pp. 225 ss.

decepcionante pues se considera que el Acta no posibilita una vía a la justicia respecto de las víctimas que sufran abusos de los derechos humanos fuera del territorio de Estados Unidos, salvo que en el caso de que haya una conexión fuerte y demostrable con el territorio del foro. Además, se parte de que hay una presunción contra la extraterritorialidad.

84. Hay que distinguir, en todo caso, la *extraterritorialidad de la jurisdicción universal*. En el caso de España las leyes de 2009 y 2014 eliminaron casi *in toto* (o sin casi) la jurisdicción universal. Cabe recordar que la jurisdicción universal es como indicase el Tribunal constitucional (STC 20/XII/2018; y STC 237/2005; STC 87/2000) una fórmula “garante de un espacio universal de jurisdicción con objetivo de erradicar la inmunidad respecto de la comisión de determinados crímenes, particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves de los derechos humanos”. Como es sabido en esas reformas se modificó la Ley orgánica del poder judicial. En la de ley 1/2009, de 3 de noviembre el “recorte” se hacía al deber quedar acreditado que “los presuntos responsables estén en España o la víctima sea de nacionalidad española o se constate algún vínculo de conexión relevante con España y que otro país competente o un Tribunal internacional no haya iniciado una investigación y persecución efectiva”. Pero la reforma de 2014 (13/III) restringió mucho más la jurisdicción universal. Ambas reformas se hicieron como consecuencia de presiones internacionales, por lo tanto de que en la dialéctica entre la defensa de los intereses y la de los valores se optó por lo primero. El Tribunal Constitucional estimó que ambas reformas eran conformes con la constitución. Esas reformas hicieron que España dejase de ser un ejemplo de jurisdicción universal. Como es sabido se ejerció en relación con Argentina (asunto Scilingo, Cavallo), Chile (Pinochet), Guatemala (genocidio maya), Tibet (libre determinación), Estados Unidos (vuelos de la CIA, torturas), Israel (crímenes de guerra), Siria (crímenes de guerra), Sáhara (libre determinación, derechos humanos), Ruanda (Genocidio), y en casos de piratería (asunto Alakrana, Playa de Bakio), entre otros.

85. La jurisdicción universal absoluta no exige ni que el autor ni que la víctima sea española, ni que España o los sujetos sean españoles de nacionalidad (empresas o individuos). Una ley de jurisdicción universal absoluta excede del ámbito de una *ley de debida diligencia aplicable a las empresas españolas*. En su caso se podría rescatar esa jurisdicción universal, modificando la ley orgánica del poder judicial, para el supuesto en que empresas españolas (o sus filiales) participasen en crímenes contra la humanidad, de guerra, contra la paz y genocidios cometidos en cualquier otro país del mundo o si hay una conexión española (de las empresas) en relación con conductas que supongan graves crímenes contra la humanidad, cosa que no es previsible pero que tampoco cabe excluir, por ejemplo en el marco de graves contaminaciones contra el medio ambiente o en otro tipo de conductas que habría que determinar. No cabría para cualquier incumplimiento de los derechos humanos el ejercicio de la competencia *uti universi* pues constituye la excepción a la regla general que es la de la territorialidad, siendo por ello una potestad que puede fundamentarse en unos de los grandes crímenes reconocidos como tal por la Comunidad internacional. En este sentido una cosa es la jurisdicción universal y otra la competencia extraterritorial.

86. También cabría la extraterritorialidad penal en virtud del principio de nacionalidad del autor (competencia personal activa) -y de sus filiales- la persecución de determinadas conductas, en tanto que corolario de la regla clásica de no extradición de nacionales. En Estados Unidos la *Human rights act special prosecution* (de marzo de 2010) permite la persecución en caso de genocidio, crímenes de guerra, tráfico de bienes culturales, tortura, niños soldados. También cabría el ejercicio de esa competencia en virtud de tratados internacionales, como los de contaminación medioambiental por hidrocarburos (de 1969, 1971, 1992)

87. Un Estado puede regular ciertas dimensiones del comportamiento de sus nacionales (empresas) en el exterior (competencia extraterritorial) y adoptar medidas unilaterales que tengan un efecto extraterritorial, como por lo demás ya sucede en el *Derecho de la competencia* (con la doctrina de los efectos) o en materia de *blanqueo de capitales*, entre otras. Es decir, regular comportamientos de empre-

sas o de sus filiales en el exterior que no son permitidos en territorio europeo o americano por ir contra normas de derecho de la Unión europea (o de derecho americano). *Mutatis mutandis* habría que ver en qué medida el mismo argumento podría ser utilizado para normas de derechos humanos que tengan un reconocimiento universal en el Derecho internacional general, por lo que no se estaría vulnerando el derecho de un Estado tercero que, también, estaría vinculado por dicha norma. Habría que evitar que mediante medidas de efecto extraterritorial un Estado vulnerase las competencias exclusivas y excluyente de otro Estado, es decir, tuviese un alcance extraterritorial no permitido.

88. Así por ejemplo las *Ley Helms Burton* mediante la que EEUU impone sanciones a Cuba invocando que ésta vulnera los derechos humanos se considera que no puede tener un efecto extraterritorial en relación con países terceros como España u otros miembros de la Unión Europea por su alcance extraterritorial en terceros, lo que supone que invade las competencias territoriales otros Estados, lo que constituye un hecho ilícito internacional, de no estar justificado. No habría problema en que un Estado como España hiciese por ejemplo depender el acceso a financiación pública o subvenciones y otros apoyos del Estados como un crédito a una condición de respeto y de debida diligencia de los derechos humanos en terceros Estados. El Instituto de Derecho internacional admitió en su sesión de Lisboa (1995) la posibilidad de que se exija a las empresas y filiales determinadas exigencias.

c. Normas de derecho interno afectadas

89. Una ley de debida diligencia que contemple los diferentes elementos para que un Estado haga que sus empresas respeten los derechos humanos afecta a un conjunto de ramas del derecho. De un lado puede tener relevancia para el derecho penal. Si bien a mi juicio las leyes de debida diligencia no son lo mismo que las de *compliance*. No se trata de distinguir solo entre lo penal y el resto. Con la debida diligencia no se trata de impulsar la persecución penal de las empresas sino sobre todo de fomentar que se incluyan procesos de debida diligencia para que incorporen en su ADN y en la cultura empresarial el deber de vigilar si su actuación tiene impactos negativos para los derechos humanos, de prevenir dichas situaciones mediante determinados procesos, de hacer un seguimiento y de reparar las consecuencias negativas de su comportamiento. El art. 31 bis, b del código penal considera penalmente responsable a quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de una persona jurídica, y hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso⁵⁹. Asimismo hay que tener en cuenta el artículo 226, 1 de la ley de sociedades de capital. *Una cosa son las dimensiones penales de las conductas empresariales y otra distinta es la debida diligencia y/o los principios rectores.*

90. Sensus contrario tampoco se trata de que los *modelos de compliance* o bien entren de lleno en el ámbito penal o bien sean de *soft law*, pues pueden ser obligatorios y tener consecuencias y relevancia jurídica distinta. Una ley de debida diligencia debería *evitar que las medidas que se adopten sean puramente estéticas o sirvan para blindar a las empresas de cualquier tipo de responsabilidad, civil, penal, administrativa o de otra naturaleza, al haber rellenado la plantilla de las medidas, al menos en el papel, de manera satisfactoria.*

⁵⁹ En el art. 31 bis, 2 se indica que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si 1) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. O, en segundo lugar cuando la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (...) o si la persona jurídica ha adoptado un modelo de organización y de gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

91. En este sentido la circular 1/2014 de la Fiscalía General del Estado sobre los modelos de *compliance* trasluce el peligro de que los mismos tengan por único objetivo evitar una sanción penal más que el de generar una *cultura empresarial ética*, siendo la exención o mitigación de su responsabilidad criminal una mera consecuencia de tal circunstancia; por ello es de dudosa utilidad un modelo que sirva para certificar una idoneidad. Como indica la fiscalía ese modelo no debería tener más valor probatorio que el que le otorgue el órgano judicial⁶⁰. Del mismo modo habría que evitar que se traslade la responsabilidad de uno a otro, en cascada, con una transferencia de costes y una confusión de responsabilidades o que sea meramente formal, carente de utilidad real.

92. Una ley de debida diligencia no debe quedar solo en unas recomendaciones a las empresas sino que debe ser algo que integre en el derecho esa nueva cultura ética de las empresas, que incorporen en sus procesos la prevención de la violación de los derechos humanos y del medio ambiente así como el resto de las medidas indicadas. En tal sentido y más allá de las dimensiones jurídico penales ya contempladas en el código penal una ley de esta naturaleza sería un paso adelante desde la perspectiva del *derecho administrativo* en la medida en que se crearía un órgano nacional supervisor que como autoridad pública estaría encargado de supervisar la labor de las empresas desde esta perspectiva y que sería la que llevaría la responsabilidad de controlar y asesorar a las empresas e incluso de sancionarlas, llegado el caso. De otro lado, el Estado debería fomentar mediante medidas de apoyo tales como subvenciones y otros apoyos a las empresas.

93. Una ley de esta naturaleza también debería abordar otras cuestiones que tienen relación con el *régimen de responsabilidad civil de las empresas*. En este sentido el incumplimiento por las empresas de sus obligaciones de diligencia debida empresarial puede dar lugar a responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de conformidad con el código civil. Junto a las posibles responsabilidades administrativas no hay que excluir las civiles, que a su vez no son causa de exoneración de las penales⁶¹.

d. Reparación y acceso de las víctimas a la justicia.

94. Cuando una empresa multinacional o sus filiales causan la violación de derechos humanos en terceros Estados es difícil aplicar los Principios rectores de Naciones Unidas, por muchas causas. Estos principios (nº 22 a 31) establecen que las empresas deben *reparar* las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no hayan sido previstas o evitadas, con independencia del lugar en el que operen (PR 23, c). Es decir, las empresas tienen la misma responsabilidad en derechos humanos en cualquier lugar en que operen en el que deben respetar los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

95. En particular y en cuanto al acceso a mecanismos de reparación el principio fundamental (PR 25) es que los Estados deben “tomar las medidas apropiadas para garantizar por las vías judiciales, administrativas, legales o de otro tipo que correspondan que cuando se produzcan este tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.

96. En este sentido en una *ley de debida diligencia habría que incluir procedimientos que den acceso a mecanismos de reparación de daños a los derechos humanos*, que puedan ser administrados

⁶⁰ Vid el comentario de A. CASANOVAS, “La circular 1/2016 de la Fiscalía y los modelos de *compliance*”, Auditoría&Co

⁶¹ En este sentido se ha propuesto por algunas organizaciones no gubernamentales la modificación del código civil mediante un nuevo artículo 1903 bis que se refiera a la responsabilidad de las empresas por daños causados por sus filiales y empresas dependientes, salvo que la empresa pruebe que prestó toda la diligencia debida para prevenir el daño o que su diligencia no habría podido impedir que se produjera. Del mismo modo se ha propuesto la modificación de la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, con un nuevo apartado 6 del artículo 217 que invierte la carga de la prueba de tal manera que sería la empresa demandada la que debería probar que empleó la diligencia debida para prevenir los daños alegados o que su diligencia no habría podido impedir que dichos daños se produjeran

-se indica- por una *agencia u organismo del Estado, o por una entidad independiente y tener naturaleza judicial o extrajudicial, tales como tribunales de Justicia (para acciones civiles o penales), tribunales laborales, instituciones nacionales de derechos humanos, oficinas del defensor del pueblo, oficinas públicas de reclamaciones*, por ejemplo, tal y como indican los Principios Rectores.

97. En todo caso (PR 26) los *mecanismos judiciales nacionales* deberían ser eficaces cuando abordan las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, y las víctimas no sufren denegación de justicia o los costes de presentar denuncias no son razonables, entre otras dificultades que pueden verse agravadas por las “desigualdades” entre las partes en las causas de derechos humanos, relacionadas con empresas.

98. También de conformidad con los Principios Rectores los Estados deben establecer *mecanismos extrajudiciales* tales como mecanismos de *mediación*, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas (PR 27). Asimismo los PR 28 indica que los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a *mecanismos de reclamación no estatales*. Y por parte de las empresas (PR 29), de corporaciones industriales, y colectividades de múltiples partes interesadas (PR 20) -para atender rápidamente y reparar directamente los daños causados deben establecer o participar de mecanismos eficaces a disposición de las personas y comunidades que sufran las consecuencias, que pueden complementar los anteriores.

99. La eficacia de los mecanismos extrajudiciales se debe basar en *criterios* (par 31) legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos humanos y basarse en la participación y el diálogo.

100. Sobre el *acceso a la justicia por las víctimas de abusos de derechos humanos en el ámbito transnacional hay problemas específicos derivados de vacíos de gobernabilidad* pues el orden internacional no da respuesta adecuada a algunas cuestiones, como tampoco el derecho interno de los países anfitriones. En este el *Documento Hacia una ley de diligencia debida en derechos humanos y medioambientales en España*⁶² es interesante en cuanto a las propuestas de acceso a la justicia y reparación. Propone que la obligación de debida diligencia sea una *obligación administrativa que sea supervisada por un órgano administrativo, antes del daño, que vigile las obligaciones de prevención y el riesgo*, cuestión que ya hemos comentado anteriormente sobre la necesidad de crear un órgano nacional supervisor. En el derecho español no existe actualmente en relación con las empresas una obligación formal que exija el respeto de los derechos humanos.

101. De otro lado para el contexto de *daños transnacionales y dado que los problemas son más complejos* - se aplica el Reglamento Roma 2 (art 4) que dispone que se aplicará a las obligaciones extracontractuales la ley del país donde se produce el daño- se propone que se considere que la *ley de debida diligencia* se califique como una *ley de policía* cuya observancia se considere esencial para la salvaguarda de los intereses públicos⁶³. A tal efecto se tiene en consideración que, por lo general, los ordenamientos nacionales de países terceros y la realidad impide la responsabilidad civil de las empresas por impactos en operaciones y cadenas de valor globales, por lo que las víctimas finalmente no tienen acceso a la justicia.

⁶² Del mismo modo el *Informe Demandando a Goliath. Recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos y daños medioambientales de las operaciones y cadenas de valor globales de las empresas*; asimismo: *Report of the European law Institute, Business and human rights: Access to justice and effective remedies (with input from the EU Agency for fundamental rights, FRA)*;

⁶³ Vid Reglamento (CE nº 593/2008 del PE y del Consejo, de 17/VI sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 9, 1; y Reglamento CE nº 864/2007 del PE y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), art 16.

El arbitraje como foro de resolución de controversias en los contenciosos relacionados con el cambio climático

Arbitration as a forum for dispute resolution and climate change disputes

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá*

Recibido: 19.07.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7191

Resumen: La sostenibilidad es el principal reto de la humanidad. En el momento actual de la historia, el reto de la sostenibilidad es una consecuencia directa de la actividad humana. Hacer frente a los desafíos, requiere acciones y costes, y la distribución de los costes es una cuestión política y discutible. Los litigios relacionados con el cambio climático ocupan ya numerosos tribunales estatales e internacionales, ¿pueden los tribunales de arbitraje desempeñar un papel en la resolución de este tipo de conflictos o similares?. El presente estudio tiene por objeto examinar el arbitraje como foro para resolver la controversia en un caso relacionado con el medio ambiente y el cambio climático que puede desempeñar la función de promover la conformidad con el Derecho internacional sobre el cambio climático. Esta cuestión surge del hecho de que el Derecho internacional del cambio climático ha entrado en una nueva fase, al tiempo que el número de litigios relacionados con el medio ambiente y el cambio climático ha aumentado últimamente. La falta de un mecanismo de aplicación de la ley en el marco del Acuerdo de París provocará nuevos problemas. El resultado de la investigación muestra que el arbitraje como uno de los medios de resolución de conflictos, se convierte en una solución alternativa para abordar esta cuestión. La flexibilidad procesal, los altos niveles de especialización de los árbitros y la posibilidad de ejecutar los laudos en prácticamente cualquier país del mundo en virtud de la Convención de Nueva York son algunos de los atributos del arbitraje que lo convierten en un método atractivo y eficaz para resolver conflictos derivados del cambio climático. Estas cualidades permiten a las partes en el arbitraje establecer las reglas que mejor se ajusten a las necesidades de su caso, desde el establecimiento de los plazos para la presentación de los memoriales de las partes hasta la creación de reglas para la presentación de pruebas, la solicitud de documentos y la participación en las audiencias. Además, las partes también desempeñan un papel fundamental en la designación de los árbitros, que son expertos en los asuntos en litigio y cuya formación y experiencia les permite comprender plenamente argumentos y pruebas altamente especializados y técnicamente complejos. El arbitraje tiene la función de crear previsibilidad y certidumbre, por lo que este foro podría servir para promover el cumplimiento de la legislación internacional sobre el cambio climático.

Palabras clave: Justicia climática, Acuerdo de París de 2015, arbitraje, controversias relacionadas con el cambio climático.

Abstract: Sustainability is the main challenge for humanity. At the current moment in history, the sustainability challenge is a direct consequence of human activity. Addressing challenges, requires action and costs, and the distribution of costs is a querulous, political issue. Climate change-related disputes already occupy numerous state and international courts, can arbitration tribunals play a role in

resolving such or similar disputes? This study aims to examine arbitration as a forum for dispute resolution in an environmental and climate change-related case that can play a role in promoting compliance with international climate change law. This question arises from the fact that international climate change law has entered a new phase, while the number of disputes related to the environment and climate change has recently increased. The lack of an enforcement mechanism under the Paris Agreement will lead to new problems. The research result shows that arbitration, as one of the means of dispute resolution, becomes an alternative solution to address this issue. Procedural flexibility, high levels of expertise among arbitrators and the ability to enforce awards in virtually any country in the world under the New York Convention are some of the attributes of arbitration that make it an attractive and effective method for resolving climate change disputes. These qualities allow parties to arbitration to set the rules that best suit the needs of their case, from setting the timing of the parties' briefs to creating rules for the presentation of evidence, the request for documents and participation in hearings. In addition, the parties also play a key role in the appointment of arbitrators, who are experts in the matters in dispute and whose training and experience enables them to fully understand highly specialised and technically complex arguments and evidence. Arbitration has the function of creating predictability and certainty, so this forum could serve to promote compliance with international climate change law.

Keywords: Climate change, climate justice 2015, Paris Agreement, arbitration, climate change disputes.

Sumario: I. Aproximación al contencioso climático. 1. Extensión y diversificación. 2. Diversidad de foros e insuficiencias de la justicia climática. II. Caracterización de la “controversia climática”. 1. Casuística y criterios clasificatorios. 2. Perspectiva jurisdiccional; A) Demandas contra gobiernos y organismos públicos; B) Demandas contra empresas. 2. Perspectiva arbitral: A) Arbitraje de protección de inversiones; B) Arbitrajes internacionales y comerciales. III. Elementos y manifestaciones del incremento de las soluciones arbitrales. 1. Potenciación del arbitraje tras la adopción del Acuerdo de París. 2. Realizaciones de los centros de arbitraje: A) Institucionalización del arbitraje vinculado al cambio climático; B) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales (2001); C) Informe del Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje en las Controversias Relacionadas con el Cambio Climático (2019). IV. Fortalezas del arbitraje internacional. 1. Inherentes a la institución. 2. Adaptaciones a la litigiosidad climática: A) Transparencia; B) Participación de terceros: *amicus curiae*; C) Especialización; D) Gestión de los costes. V. El arbitraje como foro adecuado para la consecución de la justicia climática.

I. Aproximación al contencioso climático

1. Extensión y diversificación

1. El cambio climático y sus efectos no conocen fronteras produciéndose en todo el mundo rápidos cambios en los patrones meteorológicos. Siendo el clima un bien público global que desafía la noción tradicional de soberanía territorial¹, constituye un recurso común y compartido que está tanto fuera como dentro de la jurisdicción de cada Estado. El desarrollo de marcos medioambientales generales, como el Acuerdo de París sobre el Clima de 2015, ha sentado las bases para abordar los problemas del cambio climático, pero su efectividad únicamente es posible mediante la comunicación y la cooperación entre los Estados. Estamos ante un problema global de preocupación también común para la humanidad² conformador del mayor reto al que ésta se ha enfrentado, cambiando la forma en que las comunidades, los gobiernos y las empresas interactúan entre sí y las controversias legales a las que se enfrentan. La construcción de un derecho fundamental a un clima estable³ constituye un reto crucial para

¹ N. SCHRIJVER, “The Changing Nature of State Sovereignty”, *British Yearb. Int'l L.*, vol. 70, n° 1, 1999, pp. 65–98,

² A.E. DESSLER, *Introduction to Modern Climate Change*, 3ª ed., Cambridge (NY), Cambridge University Press, 2022.

³ M. TORRE-SCHAUB, “La construction d’un droit fondamental à un climat stable: évolutions, difficultés et perspectives”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 74, n° 1 2022, pp. 71–85

la equidad, tanto intrageneracional como intergeneracional, que ofrece una oportunidad sin precedentes para demostrar el compromiso con los principios y la práctica del desarrollo sostenible⁴. Bien entendido que la raíz del problema es multifacética y requiere un enfoque transversal para encontrar soluciones prácticas y hacer frente a sus desafíos⁵, pues el cambio climático puede ser a la vez una preocupación y un problema internacional de enorme complejidad, que afecta a todo el mundo⁶.

Visto que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad, susceptible de afectar a las poblaciones trascendiendo las fronteras de los Estados, no es casual la existencia de un amplio catálogo de regímenes internacionales, regionales y nacionales reguladores de diversos aspectos del mismo. En gran medida, este marco normativo multinivel ha dado lugar a una especie de “ley climática”, o Derecho del cambio climático de carácter multidisciplinar⁷: Derecho nacional, regional e internacional, con el consiguiente incremento en los últimos años del número de leyes y reglamentos relacionados con el cambio climático y el medio ambiente, que ha sido paralelo al aumento tanto del número de pleitos medioambientales como del número de actores involucrados en tales litigios⁸. Sin embargo, con independencia de que las acciones climáticas se hayan convertido en el centro de la agenda política nacional e internacional, los marcos jurídicos nacionales e internacionales actualmente en vigor todavía están lejos de suministrar los mecanismos necesarios para resolver los nuevos tipos de controversias que pueden surgir y, en consecuencia, siguen existiendo importantes lagunas. Muchas cuestiones derivadas del cambio climático aún no están desarrolladas en el Derecho internacional⁹, en particular las que se refieren a la protección de recursos escasos que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto¹⁰. Aunque las diferentes instituciones concernidas están formulando respuestas, queda mucho por hacer para garantizar enfoques coherentes, eficaces y holísticos del problema, y falta una respuesta internacional coordinada. Baste atender al hecho de que el desarrollo sostenible sigue esperando su aplicación efectiva como concepto jurídico holístico en lo que respecta a abordar la relación entre el Derecho ambiental internacional y otros campos de este ordenamiento¹¹.

2. Las aportaciones de la ciencia jurídica hacia la “sostenibilidad” han pasado a un primer plano y se han institucionalizado, como ponen de manifiesto los discursos científicos y políticos que cada vez proliferan más en este sector. Dichas aportaciones comportan la reorientación y reestructuración de los procesos y acciones de la gobernanza global, implicando a múltiples actores. De su importancia habla por sí sola no sólo su repercusión en las vidas de los particulares, sino también de la forma de impartir

⁴ M.-C. CORDONIER SEGGER, “Intergenerational justice in the Paris Agreement on climate change”, *Intergenerational justice in sustainable development treaty implementation: advancing future generations rights through national institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 731–753.

⁵ Desde la perspectiva de una política criminal internacional adecuada a las conductas ilícitas causa del cambio climático vid. A. SPADA JIMÉNEZ, *Justicia climática y eficiencia procesal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

⁶ A. GIDDENS, “The Politics of Climate Change”, *Policy & Politics*, vol. 43, nº 2, 2015. Vid., asimismo, A. GIDDENS, *The Politics of Climate Change*, 2ª ed., Cambridge, Polity Press, 2011

⁷ Como se puso de manifiesto en el United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review* (mayo, 2017) “As an initial matter, courts and advocates may encounter questions of justiciability, including questions of standing and separation of powers principles. Once a court reaches the merits of justiciable claims, there are a broad range of potential sources of legal rights and obligations, including international law, constitutional law, common law, statutory or legislative law, and national policy. Finally, courts that find a valid legal basis for a claim and a violation of the law must still address the question of remedy. This section details the ways in which these issues arise at the different stages of climate change litigation”.

⁸ La Declaración de la *International Bar Association* sobre la crisis climática de 5 de mayo de 2020 advirtió que: “A global response to the climate crisis will undoubtedly give rise to increased disputes, with lawyers representing the legal interests and rights of all sides. Parties to these disputes will include states, corporations, communities, civil society organisations and individuals who are the most vulnerable to the impacts of the climate crisis. The legal profession must be prepared to play a leading role in maintaining and strengthening the rule of law and supporting responsible, enlightened governance in an era marked by a climate crisis”.

⁹ B. MAYER, *The International Law on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

¹⁰ A. SPAIN, “Beyond Adjudication: Resolving International Resource Disputes in an Era of Climate Change”, *Stanford Environmental L. J.*, vol. 30, 2011, pp. 343–390, esp. p. 359.

¹¹ C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Nijhoff, 2009.

justicia: téngase en cuenta que una decisión judicial puede evitar daños considerables e irreparables al medio ambiente y que incluso las acciones más pequeñas son susceptibles grandes consecuencias pues en función a la gravedad de las consecuencias del cambio climático y al gran riesgo de que se produzcan situaciones peligrosas, una decisión judicial puede establecer el deber del Estado de adoptar medidas de mitigación necesarias e, incluso, ordenar al Estado a limitar el volumen de las emisiones anuales de gases de efecto invernadero. Lo mismo acontece con el empleo de mecanismos de ADR¹² y, dentro de éstos, con el arbitraje internacional, surgidos en los últimos años como foros potenciales para dirimir las reclamaciones sobre el cambio climático, en forma de arbitrajes comerciales y de inversión inclusivas de cuestiones de derechos humanos y de Derecho medioambiental, evidenciando las posibilidades como un mecanismo atractivo para abordar mejor estos desafíos y resolver las controversias en este especial sector¹³.

El catálogo de controversias relacionadas con el cambio climático y la sostenibilidad que se han planteado hasta la fecha es muy amplio: nos hallamos ante un fenómeno global, en cuyo seno las cuestiones jurídicas atraviesan múltiples campos del Derecho y diversas causas de acción, involucrando una amplia gama de demandantes y demandados de múltiples sectores. Comprende este catálogo un conjunto muy amplio de asuntos suscitados ante organismos administrativos, judiciales y no judiciales que plantean cuestiones de derecho o de hecho en relación con la ciencia del cambio climático y los esfuerzos de mitigación y adaptación al mismo.

Sin duda, el estudio de esta conflictividad contribuye a esclarecer muchas de las complejidades jurídicas, éticas, científicas, económicas, sociales y de otro tipo del cambio climático¹⁴. La multiplicación de estos pleitos no es simplemente una cuestión vinculada al sector energético, aunque por razones obvias ese sector se ha convertido en un objetivo principal, presentándose en otros sectores que abarcan la banca y las finanzas, los fondos de pensiones y los gestores de activos, las compañías de seguros, los fabricantes y la agroindustria, por nombrar sólo algunos.

3. Aunque con evidente retraso, la comunidad internacional tomó por fin, conciencia de la necesidad de establecer un régimen universal de protección del medio ambiente que incluyese un enfoque holístico, lo cual comenzó a desarrollarse tras la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (“Convención de Río”, o “CMNUCC”, “UNCED”...) en vigor desde el 21 de marzo de 1994¹⁵ y, sobre todo, tras el Protocolo de Kioto de 1997¹⁶ que entró en vigor, después de varios años de incertidumbre, el 16 de febrero de 2005. Este instrumento permitió crear un complejo sistema de mecanismos internacionales como expresión del interés común en la lucha contra el cambio climático para cimentar ciertos principios de acción poniendo a prueba la confianza política entre los Estados, aunque el empeño en definir un marco jurídico quedó gran medida relegado para compromisos futuros¹⁷. También a partir de su invocación se puso en marcha una importante dimensión de conflictividad, que

¹² L. ELBOROUGH, “International climate change litigation: Limitations and possibilities for international adjudication and arbitration in addressing the challenge of climate change”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 21, 2017, pp. 89–131

¹³ L. GOUIFFLÈS y M. ORDOÑEZ, “Climate change in international arbitration, the next big thing?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 40, n° 2, 2022, pp. 203–224.

¹⁴ M. AVERILL, “Climate litigation: ethical implications and societal impacts”, *Denver Univ. L. Rev.*, vol. 85, n° 4, 2008, pp. 899–918.

¹⁵ P.H. SAND, “UNCED and the Development of International Environmental Law”, *Journal of natural resources and environmental law*, vol. 8, 1992–93, pp. 209–228; W. LANG y H. SCHALLY, “La Convention cadre sur les changements climatiques : un élément du bilan normatif du Sommet de la Terre: la CNUED”, *Rev. gen. dr. int. pub.*, vol. 97, n° 2, 1993, pp. 321–337; M. PALLEMAERTS, “International Environmental Law in the Age of Sustainable Development: A Critical Assessment of the UNCED Process”, *Journal of law and commerce*, vol. 15, n° 2, 1995–96, pp. 623–676

¹⁶ L. BOISSON DE CHAZOURNES, “La gestion de l’intérêt commun a l’épreuve des enjeux économiques: Le Protocole de Kyoto sur les Changements Climatiques”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 43, 1997, pp. 700–705; X. WANG y G. WISER, “The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and Its Kyoto Protocol”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 11, n° 2, pp. 181–198; S. MALJEAN-DUBOIS, “La mise en route du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 51, 2005, pp. 433–463.

¹⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, “The Climate Change Regime: Between a Rock and a Hard Place?”, *Fordham Environmental L. Rev.*, vol. 25, n° 3, 2014, pp. 625–651.

incluyó el arbitraje como uno de sus mecanismos más importantes¹⁸. Hubo que, esperar, sin embargo, a la consecución del Acuerdo de París para la consolidación de esta aspiración.

En 2015, se concluyó un Acuerdo histórico¹⁹, en el que se numerosos Estados se comprometieron a alcanzar el objetivo a largo plazo de “mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2° C respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5° C respecto a los niveles preindustriales”. El Acuerdo de París impulsó a todas las naciones firmantes en una causa común: la lucha contra el cambio climático y la adaptación e investigación de sus efectos, y con un mayor apoyo para ayudar a los países en desarrollo a hacerlo. Como tal, marcó un nuevo rumbo en el esfuerzo climático mundial, mostrando el creciente interés de la agenda pública por garantizar la protección del medio ambiente y los derechos humanos, e intensificó el debate sobre la responsabilidad social de las empresas en la consecución de este objetivo²⁰. A partir de este instrumento, el concepto de justicia climática ha sido ampliamente utilizado por los responsables políticos, especialmente de los países en desarrollo, así como por muchos movimientos de la sociedad civil²¹. La justicia climática se refiere sobre todo a los procedimientos ante los tribunales existentes o por crear a nivel internacional, basándose su contenido del Derecho internacional del medio ambiente y otras ramas del derecho como los derechos humanos. A diferencia del Protocolo de Kioto, en el Acuerdo de París: a) casi todos los países del mundo definieron sus objetivos nacionales de protección del clima y tras la incorporación a este instrumento los Estados están obligados por el Derecho internacional a tomar medidas para alcanzar los objetivos, b) los países menos favorecidos ha comenzado a recibir apoyo financiero y mediante la transferencia de conocimientos y tecnología para aplicar sus medidas de protección del clima; c) aumentó una suerte de “activismo climático” con el consiguiente aumento de demandas climáticas en distintas jurisdicciones

El marco de la economía verde, contenido en instrumentos como los descritos, pretende reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático. Existe un potencial significativo para presentar demandas contra los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales internacionales. De hecho, la amenaza de demandas de este tipo podría obligar a los Estados a hacer más de lo que han hecho hasta ahora. En particular, el Acuerdo de París allana el camino para unos ambiciosos compromisos de mitigación, adaptación y financiación del clima.

2. Diversidad de foros e insuficiencias de la justicia climática

4. A medida que la comunidad internacional ha ido abordando paulatinamente el problema del establecimiento de un marco legal para cambio climático, el incremento del número de litigios a nivel internacional, nacional y subnacional trajo consigo importantes herramientas jurídicas para el establecimiento de cauces en orden a su mitigación, si bien no todas las políticas ni todas las leyes nacionales son compatibles con los objetivos establecidos en el Acuerdo de París. Las acciones y regulaciones relacionadas con este fenómeno han prosperado drásticamente tras la entrada en vigor de este instrumento, como consecuencia de los desarrollos legislativos posteriores, las controversias relacionadas con el medio ambiente están en aumento y también lo estarán los arbitrajes comerciales sobre disputas climáticas.

Aumentan cada vez hay las controversias climáticas contra Estados y empresas, sin embargo la litigación no debe ser la única vía afrontar el cambio climático ni siempre es la mejor opción para

¹⁸ C. BROWN, “The Settlement of Disputes arising in Flexibility Mechanism Transactions under the Kyoto Protocol”, *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 3, 2005, pp. 361–389; *id.*, “International, Mixed, and Private Disputes Arising Under the Kyoto Protocol”, *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 447–473.

¹⁹ Y. KERBRAT, S. MALJEA–DUBOIS y M. WEMAËRE, “Conférence internationale de Paris sur le climat en décembre 2015: comment construire un accord évolutif dans les temps?”, *Journ. dr. int.*, vol. 142, n° 4, 2015, pp. 1115–1130; D. KLEIN, M.P. CARAZO, M. DOELLE, J. BULMER y A. HIGHAM (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

²⁰ G. DE LASSUS ST–GENIÈS, “L’Accord de Paris sur le climat: quelques éléments de décryptage”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 28, n° 2, 2015, pp. 27–51; A.–S. TABAU, “Évaluation de l’Accord de Paris sur le climat à l’aune d’une norme globale de transparence”, *Revue juridique de l’environnement*, vol. 41, n° 1, 2016, p. 56–70.

²¹ A. MICHELOT, “La justice climatique et l’Accord de Paris sur le climat”, *Revue juridique de l’environnement*, vol. 41, n° 1, 2016, pp. 71–79

hacerlo. Baste atender a que: a) combatir el cambio climático tiene muchos obstáculos bien conocidos, como las barreras para acceder a la justicia, las dificultades para utilizar las pruebas según el estado de la ciencia, o a la actitud timorata de muchos tribunales cuando se enfrentan a cuestiones políticas contenciosas; b) aunque las empresas incurran en gastos legales y administrativos derivados del litigio o en multas que puedan devenir de una resolución judicial o arbitral que les impute responsabilidad, pueden quedar compensadas con relación a los beneficios que depara su actividad contraria al clima o, c) cualquier tipo de litigio requiere tiempo e implica el riesgo de terminar con una resolución no favorable o con una reparación buscada de limitado contenido. En definitiva, el contencioso debe considerarse no una solución en sí misma, sino una de las herramientas de la gobernanza climática disponibles, junto a otras, como el respecto a los códigos de conducta que se fijen en ese cometido o la efectividad de las políticas para la mitigación y adaptación al cambio climático basadas en el consenso de una determinada comprensión científica. La exclusividad de las acciones basadas en el pleito, sin atender a otras medidas, disminuye las posibilidades de frenar al cambio climático desde la perspectiva de la seguridad humana.

5. Sentado lo anterior, no puede desconocerse que el contencioso sigue mostrando cierta eficacia como evidencia el hecho de que los litigios en este sector siguen progresando, diversificándose y extendiéndose a un número cada vez mayor de jurisdicciones y áreas del Derecho, mostrando también una perspectiva multinivel²². En ausencia de instrumentos internacionales de contenido global para abordar el calentamiento global, estos litigios se presentan como una vía alternativa para abordar los efectos del cambio climático.

- i) A nivel nacional, los demandantes han recurrido al Derecho de daños, al Derecho administrativo o a motivos basados en incumplimiento del Derecho constitucional. Los movimientos ecologistas y los individuos y grupos afectados han aceptado el reto y han presentado acciones relacionadas con el cambio climático ante los tribunales, dirigiéndose las demandas a los gobiernos que no responden a sus pretensiones de los reclamantes o a las empresas que son grandes emisoras de gases de efecto invernadero, pero no todas las controversias suscitadas se han visto acompañadas por el éxito, si se comprueban, por ejemplo, los resultados de las demandas por de daños y perjuicios en contra importantes empresas contaminantes, o las interpuestas contra de gobiernos²³.
- ii) Los litigios medioambientales también se han presentado ante diversos foros internacionales²⁴, como la Corte Internacional de Justicia²⁵, el Tribunal Internacional del Derecho

²² H.M. OSOFSKY, “Is Climate Change ‘International’? Litigation’s Diagonal Regulatory Role”, *Virginia J. Int’l L.*, vol. 49, 2009, pp. 587–650; H.M. OSOFSKY y J. PEEL, “The Role of Litigation in Multilevel Climate Change Governance: Possibilities for a Lower Carbon Future?”, *Environmental and Planning Law Journal*, vol. 30, n° 4, 2013, pp. 303–328; W. KAHL y M.P. WELLER (eds.), *Climate change litigation: a handbook*, Múnich–Oxford–Baden–Baden, Nomos, 2021.

²³ A lo largo de la última década se ha producido un fuerte aumento de la jurisprudencia relacionada con el cambio climático en diferentes jurisdicciones, tanto regionales como nacionales. La mayoría de los aproximadamente 1.500 casos identificados como litigios sobre el clima por el *Sabin Center for Climate Change Law* se han presentado en Estados Unidos (más del 75%),⁴⁵ seguido de Australia, la Unión Europea y el Reino Unido. Vid. J. SETZER y R. BYRNES, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2019 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science 2019.

²⁴ Vid., R. VERHEYEN y C. ZENGERLING, “International Climate Change Cases”, *Climate Change: International Law and Global Governance*, vol. I, *Legal Responses and Global Responsibility* (O.C. RUPPEL, CH. ROSCHMANN, K. RUPPEL–SCHLICHTING, eds.), Nomos Verlagsgesellschaft mbH. 2013, pp. 759–804.

²⁵ El examen de las decisiones emanadas de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) apuntan a la posibilidad de desarrollar potencialmente el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados para hacer frente al cambio climático, aunque no existan garantías apreciables dado el escaso desarrollo de las obligaciones internacionales fundamentales. Resulta significativo que la utilización del recurso a los derechos humanos internacionales podría tener beneficios tangibles, especialmente la afirmación de las dimensiones de los derechos humanos de las cuestiones climáticas en las esferas del comercio y la inversión. T. STEPHENS, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2009; M. WEWERINKE–SINGH, J. AGUON y J. HUNTER, “Bringing Climate Change before the International Court of Justice: Prospects for Contentious Cases and Advisory Opinions”, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, op. cit., pp. 393–414.

del Mar²⁶, o los tribunales regionales o de derechos humanos²⁷. Por último, ocupa también un lugar destacado la posibilidad de que las políticas y medidas climáticas nacionales den lugar a controversias entre Estados e inversores extranjeros, y la posible invocación de las disposiciones de arbitraje entre inversores y Estados.

- iii) La crisis climática ha llegado al epicentro de la agenda política mundial y la UE aspira a tener un papel destacado en los esfuerzos para hacer frente al calentamiento global. Junto con la acción climática de la UE, el número de casos judiciales relacionados con el clima en el panorama europeo, tanto a nivel regional como nacional, aumenta constantemente. Baste atender a que los tribunales europeos, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, se enfrentan continuamente a una marea creciente de casos de litigios climáticos, con diferentes respuestas²⁸. Aunque se pueden observar patrones similares e incluso referencias cruzadas explícitas entre casos de diferentes jurisdicciones, los litigios sobre el cambio climático siguen siendo un fenómeno heterogéneo²⁹. Pese a ello, los litigios sobre el cambio climático son un valioso complemento de otras iniciativas legislativas y políticas porque fomentan la necesaria interacción entre los niveles de gobierno y los distintos periodos de tiempo³⁰.
- iv) Hay una serie de posibles controversias susceptibles de aparecer en relación con el régimen del cambio climático. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, las vinculadas a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CMNUCC y el Protocolo de Kioto, así como de los nuevos instrumentos adoptados con posterioridad. Estas controversias se refieren mayoritariamente a los compromisos de reducción de emisiones, pero se entienden con frecuencia hacia el alcance y cumplimiento de las obligaciones de financiación, transferencia de tecnología y adaptación. En virtud de las actuales disposiciones de solución de controversias aplicables en la CMNUCC y el Protocolo de Kioto, tales controversias podrían plantearse ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), o en procedimientos de arbitraje o conciliación, que son el objeto del presente estudio. Ni que decir tiene que la experiencia de la Unión Europea ya ha demostrado el posible papel de los tribunales regionales (y de los tribunales nacionales) en los litigios relativos al comercio de emisiones, incluidos los litigios entre los Estados miembros y las instituciones supranacionales.

6. Con independencia del incremento de las decisiones en los litigios internacionales en este sector su valoración conjunta no apunta hacia una solución eficiente de la justicia climática, aunque deben descartarse determinadas posiciones negacionistas radicales. En efecto, con independencia de la justicia de resultado muchas las decisiones judiciales y arbitrales, han servido para fomentar el diálogo entre los actores implicados y ponen de manifiesto las lagunas de la gobernanza acerca de sobre cómo reformar de forma constructiva los regímenes de clima, comercio e inversión. Además, su multiplicación³¹ ha

²⁶ M. DOELLE, "Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention", *Ocean development and international law: the journal of marine affairs*, vo. 37, nos. 3-4, 2007, pp. 319-337.

²⁷ A. SILVERMAN, "Energy Justice. The Intersection of Human Rights and Climate justice", *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. Duyck, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018

²⁸ En el ámbito de la Unión Europea (UE), La STJ 25 de marzo de 2021, as. C-565: *Carvalho y otros* (ECLI:UE:C:2021:252), desestimó el llamado "caso del Clima de los Pueblos", una acción judicial interpuesta en 2018 por diez familias de países europeos y no europeos que solicitaban la anulación del paquete legislativo europeo de 2018 y una orden del tribunal a las instituciones de la UE para que establecieran objetivos más estrictos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El TJUE confirmó en apelación la decisión del Tribunal General de la Unión Europea de 8 de mayo de 2018, declarando inadmisibles la demanda, ya que los demandantes no estaban directa e individualmente afectados por la legislación que pretendían anular.

²⁹ Los litigios en el ámbito del cambio climático se basan en última instancia en las condiciones jurídicas nacionales. Mientras que casos como el alemán *Lliuya v. RWE* (2017) no implican a actores estatales, tienen una base jurídica específica y pretenden ofrecer una reparación por los daños causados por el cambio climático, los litigios como el caso relativo a la deforestación en la Amazonia colombiana (2018), o el de *Juliana v. United States of America* (2016) sí implican a actores estatales, se basan en conceptos jurídicos bastante más amplios y pretenden crear o hacer cumplir obligaciones de adoptar medidas preventivas (E.A. LLOYD y T.G. SHEPHERD, "Climate Change Attribution and Legal Contexts: Evidence and the Role of Storylines". *Climatic Change*, 2021, pp. 167 ss.

³⁰ M. OSOFSKY, "The Continuing Importance of Climate Change Litigation", *Climate Law*, vol. I, n° 1, 2010, pp. 3-29.

³¹ *Íbid.* Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020 del PNUMA. Este documento ofrece un resumen

tenido el mérito de contribuir a mitigar, prevenir o adaptarse a las alteraciones climáticas, utilizando las instancias de Derecho público o de Derecho privado existentes para establecer nuevas demandas judiciales centradas en el impacto del cambio climático.

En este escenario los litigios sobre el clima constituyen una valiosa herramienta que puede utilizarse para dar forma a la política climática y buscar reparación de los daños relacionados con el clima³². Ahora bien, el éxito de los litigios nacionales e internacionales sobre el cambio climático dependerá también de la voluntad de los tribunales de importar los principios del Derecho internacional del medio ambiente al Derecho interno o de informar la interpretación de este último con los principios jurídicos internacionales³³.

II. Caracterización de la “controversia climática”

1. Casuística y criterios clasificatorios

7. Apreciado en un sentido amplio el término “controversia climática” abarca todas las alternativas legales para reaccionar ante los comportamientos relacionados con el clima³⁴ y su objetivo esencial es compensar las pérdidas y los daños derivados de los efectos del cambio climático. Por su propia naturaleza, estas controversias incorporan un elemento de interés público y pueden requerir la divulgación de cierta información al público en general, aunque si en el caso del arbitraje de inversiones, la aceptación de dicha divulgación es cada vez mayor, la situación es menos clara en el arbitraje comercial.

Habida cuenta que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad y puede afectar a las poblaciones con independencia de las fronteras estatales, un complejo de regímenes rige varios aspectos del mismo. En gran medida, varias instituciones están reconociendo los vínculos entre la mitigación del clima y la promoción de las inversiones extranjeras directas y están empezando a formular respuestas; y esta evolución es alentadora. ¿Qué efecto puede tener el Derecho internacional de las inversiones en los actuales esfuerzos por mitigar el cambio climático? La respuesta a esta pregunta posee un doble carácter. Por un lado, el Derecho internacional de las inversiones y el arbitraje puede aportar un efecto positivo, fomentando las inversiones en tecnologías renovables e impidiendo que los

general del estado actual de los litigios sobre el cambio climático en todo el mundo, así como una evaluación de las tendencias mundiales en torno a este tipo de litigios. Uno de los hallazgos principales del informe es el rápido aumento de los litigios climáticos que se ha producido en todo el mundo. En 2017, el número total de casos que se habían presentado era de 884 en 24 países mientras que, al 1 de julio de 2020, el número de casos se había duplicado prácticamente, con al menos 1.550 casos de cambio climático presentados en 38 países [<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

³² Según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “El estado del litigio en materia de cambio climático – una revisión global” (mayo 2017), p. 8: “Se puede sostener que la litigación es, como nunca, una herramienta fundamental para impulsar a los responsables de formular políticas y actores del mercado a diseñar y aplicar políticas como medio efectivo de mitigación y adaptación ante el cambio climático” (...) “La litigación también permite articular de qué forma compromisos declarados para defender derechos particulares deben traducirse en medidas, sin importar la dirección cambiante de los vientos políticos en el ámbito nacional o internacional”. Vid. M. AVERILL, “Linking Climate Litigation and Human Rights”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 18, n° 2, 2009, pp. 139–147.

³³ S. JODOIN, R. FAUCHER y K. LOFTS, “Look before you jump Assessing the potential influence of the human rights bandwagon on domestic climate policy”, *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. Duyck, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018

³⁴ El Informe de la CCI de 2019 define una controversia relacionada con el cambio climático como “cualquier controversia que surja o esté relacionada con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”. De esta definición se desprende que una controversia sobre el cambio climático es un concepto amplio. Según el informe, las partes de una controversia de este tipo pueden ser muy diversas e incluirán a partes privadas en el marco de contratos comerciales generales. Desde esta perspectiva, cabe clasificar las controversias “relacionadas con el cambio climático” en tres grupos: a) “controversias directas” que implican cuestiones puramente relacionadas con el cambio climático; b) “controversias indirectas” que incluyen todo tipo de contratos que dan lugar a cuestiones medioambientales y de cambio climático; y c) “acuerdos de sumisión”, controversias en las que una persona que no es parte del contrato inicia un arbitraje porque se ve afectada por las acciones de una de las partes. Vid. *infra*, n° 24. Vid. asimismo, K. BOUWER, “The Unsexy Future of Climate Change Litigation”, *Journal of Environmental Law*, vol. 30, n° 3, 2018, pp. 483–506.

gobiernos se retracten de compromisos anteriores. Por otro lado, el Derecho internacional de las inversiones y las modalidades de arbitraje que incorpora puede tener un efecto negativo en la mitigación del clima, especialmente si el Estado adopta una normativa medioambiental más estricta, que puede afectar a las inversiones en el sector energético. De hecho, los inversores extranjeros pueden impugnar dichas medidas reguladoras ante los tribunales de arbitraje alegando que violan las disposiciones de los tratados de inversión.

8. El término *climate change litigation* es una forma simplificada de referirse a las diferentes demandas relacionadas con cuestiones relacionadas con el cambio climático dirigidas contra empresas públicas y privadas, gobiernos federales o regionales, municipios y aseguradoras, aunque el cambio climático no siempre haya sido un tema central en los litigios ambientales. En efecto, el cambio climático no siempre es el tema central de los litigios medioambientales, incluso cuando se plantea de forma periférica, cada vez se pide más a los jueces que se ocupen de argumentos y hechos relacionados con dicho cambio y la ciencia del clima que antes no se presentaban ante los tribunales.

Si bien pueden observarse elementos comunes e incluso referencias cruzadas explícitas entre casos de diferentes jurisdicciones, los litigios sobre el cambio climático siguen siendo un fenómeno heterogéneo. Una visión general de las reclamaciones climáticas, entendidas como aquéllas cuyo objetivo es la promoción de medidas de protección del clima o la compensación de daños relacionados con éste, ha mostrado que las reclamaciones contra las empresas ofrecen diferencias fundamentales en comparación con las reclamaciones contra el Estado³⁵. A la hora de clasificar los objetivos de las reclamaciones, se pueden identificar las correspondientes controversias, esencialmente de carácter técnico, incoadas contra la Administración o contra las empresas, bien ante los tribunales nacionales o internacionales, o en el marco del arbitraje de protección de inversiones. Por último, existen litigios susceptibles de implicar a actores no estatales. De hecho, ya han surgido una serie de litigios relacionadas con el Protocolo de Kioto en las que están implicados Estados, instituciones supranacionales y partes privadas, en particular a raíz del establecimiento y funcionamiento de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, como litigios contractuales o de otro tipo que podrían abordarse mediante el arbitraje u otros procesos de resolución de disputas³⁶. Las ONG desempeñan un papel innegablemente crítico en los litigios sobre el clima, aunque el coste de un litigio complicado, científico y extenso acostumbra a estar muy por encima de las capacidades económicas limitándose muchas veces a solicitar fondos a la ciudadanía para entablar litigios contra empresas o gobiernos, haciendo que los actores rindan cuentas al servicio del bien común³⁷.

2. Perspectiva jurisdiccional

A) Demandas contra gobiernos y organismos públicos

9. Gran parte de los litigios sobre el cambio climático tienen su origen en demandas contra gobiernos y organismos públicos para evitar que los gobiernos eludan o debiliten la legislación ambiental existente. Entre las acciones interpuestas por ciudadanos contra la Administración que impugnan la inadecuación de las políticas climáticas y el impacto medioambiental de los proyectos de desarrollo³⁸ se encuentran, de un lado, las acciones derivadas de la inacción de la administración por los perjuicios climáti-

³⁵ M. BROBERG y B. MARTINEZ ROMERA, eds., *The third pillar of international climate change policy: on 'loss and damage' after the Paris Agreement*, Londres, Routledge, 2021

³⁶ C. STRECK y J. LIN, "Making Markets Work: A Review of CDM Performance and the Need for Reform", *Eur. J. Int'l L.*, vol. 19, n° 2, 2008, pp. 409–442.

³⁷ *Vid.*, v. gr., M. SCOPPELLITI, *Non-governmental actors in international climate change law: the case of Arctic Indigenous peoples*, New York, Routledge, Milton Park, Abingdon, Oxon, 2022.

³⁸ United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation...*, *loc. cit.*, p. 10. *Vid.* A. MAGNUSON, "Climate Disputes and Sustainable Development: Bridging the enforceability gap", *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Publishing, 2018, p. 398.

cos ocasionados por determinadas entidades de carácter privado y, de otro lado, aquellas que persiguen la adopción de medidas reglamentarias, *v.gr.*, contra los emisores de gases de efecto invernadero a través del poder ejecutivo, o a promulgar leyes con los correspondientes objetivos de protección del clima a través del poder legislativo³⁹. Como regla general, el objetivo de estas demandas será en unos casos obligar al Estado a abstenerse de actuar, y, en otros casos, obligarle a cumplir sus compromisos legales y políticos en materia de cambio climático tras determinarse su responsabilidad por determinadas actuaciones en la adaptación al clima. Muchos de estos casos provocan, por su gran repercusión, complejas cuestiones relacionadas con el Derecho constitucional o con los derechos humanos⁴⁰ y en ocasiones sirven para estimular la acción gubernamental o impugnar los fracasos de los gobiernos en materia de cambio climático⁴¹.

Junto a estos litigios se encuentran las controversias que tienen como objeto la rendición de cuentas por los cuando no hayan actuado de manera coherente con su parcela de responsabilidad global para mitigar y/o adaptarse al cambio climático y están relacionadas directamente con la violación de las disposiciones de un acuerdo internacional sobre el clima como consecuencia de una determinada actuación de la Administración. En esos supuestos el cambio climático es el centro de la cuestión controvertida, por ejemplo, en las transacciones que implican proyectos de energía renovable o tecnologías de mitigación del cambio climático.

Las acciones que ponen en marcha estas controversias pueden: a) suscitar argumentos basados en derechos humanos o derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; b) impugnar procedimientos de evaluación ambiental o de concesión de licencias; o, c) denunciar el incumplimiento de obligaciones internacionales⁴². Por ejemplo en España un eventual litigio climático podría ponerse en marcha a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2º CE y arts. 32 ss Ley 40/2005 de Régimen Jurídico del Sector Público)⁴³.

En 2018, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC)⁴⁴ advirtió que se necesitarían cambios significativos para evitar los peores efectos de referido cambio. El Informe

³⁹ Es España al margen de la necesidad de serias reformas de carácter procesal se cuenta con algunas reclamaciones judiciales que podrían incardinarse en la categoría de “litigios climáticos” frente a los poderes públicos. *Vid.* F.L. LÓPEZ BUSTOS, “Cambio climático en España: análisis normativo e instrumentos de actuación”, *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas* (N. CASTELLÓ NICÁS, dir.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 154–230; S. BORRÁS PENTINAT, “Los litigios climáticos: entre la tutela climática y la fiscalización de las responsabilidades por daños ambientales” *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro* (R. GILES CARNERO, coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, B. SORO MATEO, “Reflexiones sobre la hipótesis de un recurso climático en España”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 37, 2020.

⁴⁰ N. CHALIFOUR, H. MCLEOD–KILMURRAY y L.M. COLLINS, “Climate change. Human rights and private remedies”, *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (S. DUYCK, ed.), Londres / Nueva York, Routledge, 2018; F. BISALBUTR, “The Potential Impact of Climate Change Litigation on Government Policy”, *Notre Dame J. Int'l & Comp. L.*, vol. 11, nº 2, 2021, p. 272–293.

⁴¹ D. BODANSKY, “The role of the international court of justice in addressing Climate Change: Some preliminary reflections”, *Arizona State L. J.*, vol 49, 2017, pp. 689–712.

⁴² El caso de la *Stockholm Chamber of Commerce* nº 121/2014 contempló la situación de un proyecto que pretendía aplicar el mecanismo de aplicación conjunta en el marco del Protocolo de Kioto, que permite a los países industrializados cumplir con parte de sus emisiones de gases de efecto invernadero financiando proyectos de reducción de emisiones en otros países. El litigio surgió a raíz de la retirada del Protocolo por parte del Estado anfitrión del demandante, argumentando este último que esta situación representaba una falta de de aprobación del país anfitrión y, por tanto, el proyecto no podía llevarse a cabo. *Cf.* S.D. ANDRINA, “Green Technology Disputes in Stockholm” (2019), p. [<https://sccinstitute.com/media/1059447/green-technology-disputes-in-stockholm.pdf>].

⁴³ A. NOGUEIRA LÓPEZ, “Responsabilidad por daños ambientales”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (T. QUINTANA LÓPEZ, dir. y A. CASARES MARCOS, coord.), 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blach, 2013, pp. 1225–1260; B. SORO MATEO, “Reflexiones sobre la hipótesis de un recurso climático...”, *loc. cit.*

⁴⁴ El IPCC fue creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente con la misión de elaborar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM y desde el inicio de su labor ha preparado seis informes de evaluación. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM. Finalizó en febrero la segunda parte de su “Sixth Assessment Report, Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, the Working Group II contribution” [<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>]. It was finalized on 27 February 2022 during the 12th Session of Working Group II and 55th Session of the IPCC>].

elaborado al efecto⁴⁵ predecía que estas transiciones darían lugar tanto a nuevas inversiones como a nuevos litigios y se ocupó de determinar que los numeros litigios relacionados se extienden a cualquier controversia que surja o esté relacionado con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático determinados por la CMNUCC.

10. El bloque esencial de los litigios sobre el cambio climático está referido a reclamaciones contra los gobiernos. No es casualidad que muchos de los crecientes litigios relacionados con el clima, duplicados desde 2017, sean contra gobiernos.

Los demandantes han tenido éxito en ciertos casos emblemáticos que citamos únicamente a título de ejemplo:

- i) El caso de la Fundación *Urgenda contra Países Bajos* fue el primer litigio en el que los ciudadanos establecieron que su gobierno tenía el deber legal de prevenir los peligros del cambio climático. Dicha entidad inició un procedimiento judicial contra los Países Bajos en noviembre de 2013 alegando que ese Estado estaba contribuyendo negativamente a los peligrosos efectos del cambio climático y que las emisiones holandesas eran ilegales porque violaban el deber de cuidado del Estado, según el Derecho Civil de los Países Bajos y los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El 24 de junio de 2015, el Tribunal de Distrito concluyó que el Estado debía limitar el volumen combinado de las emisiones anuales de gases de efecto invernadero de los Países Bajos o hacer que se limitasen, de suerte que fueran reduciéndose en al menos un 25% a finales de 2020 en comparación con el nivel en que se encontraban en 1990. La sentencia fue recurrida, pero finalmente fue confirmada por el Tribunal Supremo holandés, que afirmó que el gobierno había incumplido su deber de diligencia en virtud de los arts. 2 y 8 del CEDH⁴⁶.
- ii) En el caso *Commune de Grande-Synthe contra Francia*, el Consejo de Estado (dictaminó que el Gobierno francés no había tomado medidas suficientes para mitigar el cambio climático y le ordenó que adoptara medidas adicionales para hacer frente a ese incumplimiento⁴⁷;
- iii) En la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán) en el caso *Neubauer y otros contra Alemania*, una serie de jóvenes alemanes junto con organizaciones no gubernamentales impugnaron la constitucionalidad de la Ley Federal de Protección del Clima (*Klimaschutzgesetz*) de 2013, que sería modificada posteriormente en 2019⁴⁸.

⁴⁵ IPCC, Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, Ginebra, World Meteorological Organization, 2018

⁴⁶ Supreme Court of the Netherlands, ECLI:NL:HR:2019:2007 párrafos 2.2.1, 2.2.2, 2.3.1 (2020). [<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>]. Vid. A.-S. TABAU y C. Cournil, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas)”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2015, n° 4, pp. 672–693. R. COX, “A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 143–163. Vid. A.-S. TABAU y C. Cournil, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas)”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2015, n° 4, pp. 672–693. R. COX, “A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 143–163.

⁴⁷ En Francia, el 1 de julio de 2021, el más alto Tribunal Administrativo (*Conseil d’État*) emitió una sentencia histórica en el caso *Grande-Synthe*, dando al gobierno nueve meses para adoptar todas las medidas necesarias para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero producidas en el territorio nacional para garantizar que cumple con sus objetivos climáticos nacionales en el marco del Acuerdo de París [http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190123_Not-Yet-Available_press-release-1.pdf].

⁴⁸ En Alemania, una demanda presentada por jóvenes activistas medioambientales ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional Federal del país dictamine, el 24 de marzo de 2021, que la Ley Federal de Cambio Climático de Alemania de 2019 es incompatible con los derechos fundamentales porque deja gran parte de la carga de la reducción de emisiones para los años posteriores a 2030. Vid. L.J. KOTZÉ, “Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?”, *German L. J.*, vol. 22, n° 8, 2021, pp. 1423–1444

A diferencia de estos casos suscitados Europa continental, los demandantes han tenido menos éxito en los casos relacionados con el cambio climático que se han presentado contra los gobiernos de EE UU⁴⁹, y el Reino Unido⁵⁰.

Algunos gobiernos han sido demandados por hacer muy poco en respuesta a la crisis climática. Otros han sido demandados por lo que se puede caracterizar como hacer demasiado, especialmente en virtud de los tratados de inversión. Por último, un tercer grupo ha sido demandado, en este caso en el marco de los tratados de inversión, por dar marcha atrás en las medidas destinadas en última instancia a combatir el cambio climático.

11. En julio de 2014, la *International Bar Association* publicó el informe del Grupo de Trabajo, “Lograr la justicia y los derechos humanos en una era de alteraciones climáticas”⁵¹, un estudio crítico y exhaustivo que utilizó una perspectiva centrada en la justicia, las oportunidades de reformas jurídicas, reglamentarias e institucionales a nivel multilateral, estatal, empresarial e individual para mejorar la mitigación y la adaptación al cambio climático. Con posterioridad, en 2020, el Grupo de Trabajo de la IBA recomendó que se considerara un modelo de estatuto que “describiera los derechos y recursos legales con respecto al cambio climático, incluyendo medidas cautelares para mitigar o prevenir amenazas actuales o futuras, medidas declarativas y revisión judicial”⁵². Sus objetivos esenciales fueron dos. En primer lugar, identificar los precedentes judiciales y los fundamentos que, si se aplicaran a las reclamaciones climáticas, permitirían a los amenazados por los impactos del cambio climático acceder efectivamente a sus tribunales nacionales y, en segundo término, identificar las medidas ya utilizadas por los jueces en asuntos medioambientales en algunos países o en otros tipos de casos que podrían ser útiles o adaptables por los jueces que atienden las demandas climáticas en otros países. Tras sistematizar los obstáculos legales identificados el Estatuto modelo sugiere un camino para que los individuos y las comunidades puedan acceder a sus tribunales para impugnar la acción o inacción del gobierno en materia de cambio climático. Se centra, a tal efecto: a) en las acciones contra los actores gubernamentales para llevar a cabo la mitigación y adaptación al cambio climático, como las regulaciones para reducir las emisiones de GEI y/o promover la adaptación a los efectos del cambio climático y b) medidas de marcado carácter procesal: de legitimación de los demandantes, las pruebas, las defensas permitidas y los recursos y costes disponibles, aunque la técnica utilizada es la ofrecer “opciones” y no una regulación sistemática.

En caso de ser adoptado, el Estatuto Modelo, en parte o en su totalidad, ayudaría a las personas afectadas por el cambio climático a pedir a sus tribunales que examinen los esfuerzos de su gobierno para hacer frente al cambio climático y, si los tribunales lo consideran apropiado en virtud de la legislación nacional o subnacional pertinente, a exigir al gobierno que inicie o adopte nuevas medidas. Para

⁴⁹ En el caso *Juliana contra EE UU*, 21 jóvenes y las organizaciones *Earth Guardians* y *Future Generations* alegaron que, al mantener un sistema energético nacional alimentado por combustibles fósiles mucho tiempo después de saber que contribuye al cambio climático, el gobierno estadounidense estaba violando sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad. Sobre esta base, solicitaron una orden para que el Gobierno Federal de EE UU elaborara un plan de reparación para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito denegó la solicitud, sosteniendo (por mayoría) que “cualquier plan eficaz requeriría necesariamente una serie de complejas decisiones políticas confiadas a la sabiduría y la discreción de los poderes ejecutivo y legislativo”. *Vid.* M. POWERS, “Juliana v United States. The next frontier in US climate mitigation?”, *Rev. Eur. Comp. and Int'l Environmental L.*, vol. 27, nº 2, 2018, pp. 199–204.

⁵⁰ En el caso del Tribunal Supremo del Reino Unido R (*Friends of the Earth Ltd y otros contra Heathrow Airport Ltd* (2020)), los demandantes intentaron bloquear la ampliación del aeropuerto de Heathrow. Argumentaron que la ampliación era incompatible con los objetivos climáticos del gobierno, pero el tribunal sostuvo, entre otras cosas, que el mero anuncio de dichos objetivos no constituía una “política gubernamental” a efectos de la legislación urbanística pertinente. *Vid.* D. IRVINE, L. BUD, S. ISON y G. KITCHING, “The environmental effects of peak hour air traffic congestion: The case of London Heathrow Airport”, *Research in Transportation Economics*, vol. 55, June 2016, pp. 67–73.

⁵¹ [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>]

⁵² Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change: An International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, February 2020 [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=47ae6064-9a61-42f6-ac9e-4f7e1b5b4e7b>]. Se basa en los éxitos recientes y en el razonamiento judicial para destacar el papel de los tribunales a la hora de establecer remedios que puedan exigir a los gobiernos que protejan al público. *Vid.* D. ESTRIN y P. GALVAO FERREIRA, “Advancing Climate Justice: The New IBA Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change” [https://www.researchgate.net/publication/349621697_Advancing_Climate_Justice_the_New_IBA_Model_Statute_for_Proceedings_Challenging_Government_Failure_to_Act_on_Climate_Change].

ello el Estatuto Modelo proporciona fundamentos detallados, precedentes y 23 artículos específicos para las reformas. La adopción de una parte o de la totalidad del Estatuto Modelo por parte de los jueces, las normas de los tribunales o la legislación contribuirá a garantizar la oportuna reducción de las emisiones de GEI y a lograr la justicia climática.

B) Demandas contra empresas

12. No es de extrañar que las cuestiones medioambientales, sociales y gubernamentales hayan pasado a ocupar un lugar destacado en la agenda empresarial. Se perciben los efectos del cambio climático en muchas sociedades mercantiles con repercusiones tales como: a) la reducción significativa de beneficios, pérdida del mercado existente o de nuevos competidores; b) la imposibilidad de renovar los permisos o, c) el incremento mayores restricciones para hacer negocios que afectan a la rentabilidad. Si una reclamación climática se dirige contra una empresa, por ejemplo, por no incorporar el cambio climático en su toma de decisiones y por no revelar los riesgos relacionados con el clima a sus accionistas, las reclamaciones de fondo según el Derecho privado surgen generalmente de las relaciones contractuales entre las partes, de las relaciones cuasi-contractuales o de la ley. A medida que aumenta el número de casos contra empresas privadas, cuando no hayan respetado sus obligaciones con respecto al cambio climático de acuerdo con su política corporativa u otros instrumentos sustantivos de política climática, se desarrollan los argumentos y las estrategias para demostrar que las estas entidades no protegen el clima de forma perjudicial para los intereses de los demandantes.

Las impugnaciones observadas hasta la fecha tienden a basarse en alegaciones basadas en la insuficiencia, la inactividad o la prevención inadecuada por parte de las empresas con respecto al cambio climático y están teniendo un efecto especialmente significativo en el proceso de fusiones y adquisiciones. La verificación de si se ha actuado con la debida diligencia está empezando evidenciar cuál es la comprensión de una valoración del riesgo climático en términos de riesgo físico, de inversión, de mercado y de responsabilidad, así como a considerar el impacto del cambio climático en la transacción propuesta. Y en este contexto, como veremos en las páginas siguientes, la creciente importancia de hacer negocios de acuerdo con los principios ambientales, sociales y de gobernanza fomentan el empleo generalizado del arbitraje como medio de resolución de conflictos internacionales, cuyo crecimiento exponencial se percibe con nitidez en los últimos años.

2. Perspectiva arbitral

A) Arbitraje de protección de inversiones

13. Complementariamente a los litigios ante tribunales internacionales y nacionales que estas controversias suscitan, ejerce una importante influencia en el sector el arbitraje de protección de inversiones. La transición energética que se pretenden llevar a cabo los Estados ha colocado la referida protección en el centro de corrientes conflictivas esencialmente desde dos dimensiones. De un lado, las políticas de los Estados receptores de la inversión relacionadas con la transición energética, que ponen fin a las inversiones centradas en los fósiles o las eliminan gradualmente, son una fuente de reclamaciones por violación de las normas de los tratados de inversión. De otro lado, siendo la atracción de inversiones crucial para proporcionar la financiación necesaria para suministrar la energía sostenible y la tecnología adecuada para llevarla a cabo otra fuente de conflictividad deriva de la quiebra del equilibrio entre la garantía de la protección a la inversión y la necesidad de una transición energética rápida y eficiente⁵³. Los argumentos más frecuentemente alegados para sustentar este tipo de demandas discurren desde supuestos incumplimientos de la obligación del Estado receptor de la inversión de garantizar un trato justo y equi-

⁵³ Y. ABID, "FDI protection and energy transition: are ISDS adjudicators equipped with the needed legal devices to ease the transition?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 32, n° 1, 2021, pp. 75-118

tativo a los inversores extranjeros, hasta la alegación de protección frente a obstrucción, o la protección contra la nacionalización, la expropiación u otras medidas discriminatorias. Por descontado una parte importante de la conflictividad en esta materia se ha producido ya en el sector de la energía⁵⁴, viéndose especialmente afectado el ámbito de la extracción de materias primas, que requiere mucho capital⁵⁵.

En el contexto de las demandas suscitadas al amparo de los tratados, bilaterales o multilaterales de protección de inversiones (señaladamente el Tratado de la Carta de la Energía⁵⁶), la referencia al cambio climático aparece cada vez con mayor frecuencia⁵⁷ y puede afirmarse que el arbitraje inserto en los tratados de inversión se ha convertido en un instrumento esencial en la resolución de las controversias relacionadas con el cambio climático, pues hasta hace poco, los inversores extranjeros no habían impugnado las medidas relacionadas con el cambio climático ante los tribunales de arbitraje⁵⁸. Sin duda la actuación de determinados centros administradores como el CIADI han contribuido a esta expansión⁵⁹.

En rigor los tribunales previstos en de tratados de inversión ni son las mejores sedes para este tipo de controversias y, mucho menos, la única. Más bien, dada la importancia de estas controversias para la gobernanza del cambio climático, con independencia de su carácter reducido, se impone examinar el arbitraje de inversión como una herramienta de esta última mostrando una cierta virtualidad para hacer cumplir la legislación sobre el cambio climático en los litigios entre Estados y actores no estatales⁶⁰. Estos casos también pueden generar un debate sobre la interacción, el conflicto y/o el apoyo mutuo entre estas ramas del Derecho internacional público y, en general, sobre la unidad o la fragmentación del Derecho internacional.

⁵⁴ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, nº 2, 2014, pp. 369–397

⁵⁵ La protección de las inversiones también puede intervenir a favor de las inversiones de protección del clima: Los Estados han confiado durante mucho tiempo en la inversión privada en este campo, que –como en el ámbito de las energías renovables– se estimula mediante subvenciones estatales o garantías de compra; el “Acuerdo Verde Europeo” presentado por la Comisión de la UE también se basa en gran medida en la inversión privada. *Vid.* Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 11.12.2019, COM (2019) 640 final.

⁵⁶ En 2020 se entablaron negociaciones sobre su modernización que debían basarse, en particular, en una lista de materias abiertas adoptada en 2018 por la Conferencia sobre la Carta. En el curso de las mismas la Unión Europea propuso modificar el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados contratantes. Dado que la materia a la que pertenece ese mecanismo no estaba comprendida en la citada lista, la apertura de negociaciones sobre esa materia debía ser objeto de consenso entre las partes contratantes. En este caso, no se alcanzó tal consenso. Entre el 28 de septiembre y el 1 de octubre de 2021, tuvo lugar la séptima ronda de negociaciones sobre una “modernización” del acuerdo. Hasta ahora, los esfuerzos de la UE para adaptar el TCE a los objetivos climáticos de la UE y a las nuevas normas de inversión han sido infructuosos y no se ha logrado ningún avance en las negociaciones, que se llevan a cabo desde 2018. Por ello, cada vez más Estados miembros de la UE, entre ellos Francia y España, se plantean retirarse del TCE. Mientras tanto, la propia Comisión de la UE ya no descarta una retirada coordinada. Sobre lo polémico de la cuestión baste considerar el Dictamen 1/20 del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2022.

⁵⁷ *Vid.* K. MILES, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor–State Disputes”, *Climate Law*, vol. I, nº 1, 2010, pp. 63–92; A. BOUTE, “Combating Climate Change through Investment Arbitration”, *Fordham Int’l L. J.*, vol. 35, nº 3, 2012, pp. 613–664; J. SULLIVAN y V. KIRSEY, “Environmental Policies: A Shield or a Sword in Investment Arbitration?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, nº 1, 2017, pp. 100–130. 2

⁵⁸ Existe, sin embargo, una preocupación por el hecho de que la mayoría de los tratados de inversión no obligan a los árbitros a que tomen en cuenta los acuerdos internacionales sobre cambio climático al momento de decidir los casos. Así su puso de manifiesto en la Conferencia de la OCDE sobre los Tratados de Inversión y las Políticas de Cambio Climático, de 10 de mayo de 2022 [<https://www.oecd.org/investment/conference-investment-treaties.htm>]. *Vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al ‘desarrollo sostenible’”, *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente* (B. LARRAZ IRIBAS y A. FERNÁNDEZ PÉREZ, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87–123.

⁵⁹ W.J. MILES y M. LAWRY–WHITE, “Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID”, *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 34, nº 1, 2019, pp. 1–31.

⁶⁰ Por ejemplo, en el laudo CPA de 20 de diciembre de 2013 (*Indus Waters Kishenganga*) los árbitros reconocieron la cuestión del cambio climático (párr.117), y en su laudo parcial de 18 de febrero de 2013 dictaminaron que los principios del derecho internacional del medio ambiente deben tenerse en cuenta incluso cuando se interpretan tratados celebrados antes del desarrollo de ese cuerpo jurídico (par. 452). Además, existen arbitrajes de inversión derivados del Protocolo de Kioto, pero confidenciales, y los grupos de expertos de la OMC también podrían abordar cualquier caso relacionado con este tema. *Vid.* F. BAETENS, “The Kyoto Protocol in Investor–State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives”, *Sustainable Development in World Investment Law* (M.–C. E. CORDONIER SEGGER, M.W. GEHRING y A. NEWCOMBE, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 683–715.

14. Con todo, en tanto que foro neutral que permite a las partes elegir árbitros expertos, el arbitraje está en inmejorables condiciones para desempeñar un papel destacado como escenario para resolver muchas de las disputas sobre el cambio climático y la sostenibilidad que surgen en el contexto de las relaciones contractuales, los tratados de inversión o las obligaciones de Estado a Estado. No debe extrañar que esté llamado convertirse en un mecanismo clave para la aplicación del Derecho climático internacional⁶¹. Por el momento esta función ha surgido, esencialmente, de demandas interpuestas por inversores en energías renovables impugnando los cambios normativos que supuestamente afectan a sus inversiones⁶². Es cierto que en estos casos, el Derecho internacional de las inversiones se está utilizando como mecanismo jurídico para proteger los intereses económicos de las empresas que invierten en energías renovables, sin embargo, al derogar y/o modificar las medidas de mitigación del cambio climático, el Estado receptor de la inversión puede estar persiguiendo otros objetivos fundamentales, incluidos los derechos humanos.

Se imponen en estos contenciosos la transparencia y la publicidad, debido a los importantes intereses públicos que suelen estar presentes en los pleitos entre inversores y Estados. En respuesta a las críticas de que estos procesos arbitrales eran demasiado opacos, los Estados y los inversores se han movido, en la última década, para hacer estos arbitrajes más accesibles y transparentes y aunque no existe un catálogo oficial de precedentes vinculantes en el arbitraje, cada vez es más común que los tribunales arbitrales se vean influenciados por ciertos laudos que han recibido gran aceptación o que reiteran la misma argumentación sobre cuestiones similares. Recuérdese que en 2006, el CIADI modificó sus reglas para que se exigiera la publicación inmediata de extractos de cada laudo, y los tribunales pudieran considerar las solicitudes de terceras partes para presentar escritos por los *amicus curiae*⁶³.

La necesidad de una arquitectura económica verde ha ampliado el alcance de las diversas y complejas relaciones jurídicas entre las partes interesadas privadas y públicas y también el potencial para el uso de mecanismos de resolución de conflictos adaptados de forma flexible, como el arbitraje, que en el contexto del cambio climático no está reducido a la modalidad del arbitraje de inversiones. Durante un largo periodo las controversias medioambientales fueron reconocidas como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Pero las jurisdicciones nacionales demostraron su ineficacia para resolver las controversias relacionadas con los efectos transfronterizos nocivos y el Derecho ambiental internacional y las instituciones internacionales de resolución de controversias existentes no proporcionaron acceso directo a las organizaciones no gubernamentales, los grupos de interés y los particulares⁶⁴. Las deficiencias en este sentido eran evidentes en muchos instrumentos jurídicos internacionales que abordaban cuestiones medioambientales, como los tratados medioambientales multilaterales pues aunque estos instrumentos contenían con frecuencia cláusulas de resolución de controversias, dichas cláusulas rara vez introducían procesos específicamente diseñados para la resolución de controversias medioambientales⁶⁵. La resolución de controversias relacionadas con el cambio climático a través del arbitraje ha sido un importante punto de debate en la comunidad arbitral durante los últimos años mostrando la

⁶¹ M. NINO, "Arbitraje internacional y cambio climático", *Aspectos destacados en la lucha frente al cambio climático* (F.J. ZAMORA CABOT, L. SALES PALLARÉS y M.C. MARULLO, dirs), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 1-18.

⁶² En el contexto de las demandas de los tratados de inversión, es probable que el cambio climático aparezca cada vez más. Aunque la solución de controversias inversor-Estado (ISDS) ha sido objeto de inquietud pública en los últimos años, también puede ofrecer un mecanismo neutral y eficaz de resolución de controversias, incluso en el contexto del cambio climático. Por ejemplo, los inversores en energías renovables han tratado de recurrir a este mecanismo en demandas contra España, Italia y la República Checa (entre otros) para impugnar los cambios introducidos por esos Estados en los regímenes de incentivos, que habían sido diseñados para atraer inversiones en energías renovables (y en los que se basaron esas decisiones de inversión). Vid. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 253 ss.

⁶³ C. KESSEDIAN, "De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des amici curiae", *European journal of law reform*, vol. 8, 2006, pp. 29-111; B. STERN, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Rev. arb.*, 2007, pp. 3-43; C. KNAHR, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 23, n° 2, 2007, pp. 327-355.

⁶⁴ De esta circunstancia se hizo eco la Resolución 44/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1989) al declarar que uno de sus principales objetivos era "evaluar la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para ayudar a prevenir y resolver controversias en la esfera del medio ambiente y recomendar medidas en esta esfera".

⁶⁵ C.P.R. ROMANO, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, La Haya, Kluwer Law International 2000, pp. 41 y 44.

práctica arbitral en los últimos años su eficiencia, aunque con metodologías diferentes, tanto en materia de inversiones como en materia comercial. La virtualidad del arbitraje para resolver litigios relacionados con el medio ambiente ha tenido tanto desarrollo que resulta innegable su posible utilización como foro de justicia climática.

B) Arbitrajes internacionales y comerciales

15. El arbitraje, tanto de Derecho internacional público como de Derecho privado, se ha utilizado como foro para resolver controversias internacionales desde mucho antes de que el cambio climático adquiriese su papel estelar en la litigación internacional. Muchas controversias relacionadas con el medio ambiente, la energía y, últimamente, el clima, han sido sometidas y resueltas a través de este mecanismo, lo cual es una señal de que puede ser un foro deseable para resolver tales controversias, por varias razones y quizás sujeto a ciertos ajustes. Al ser las controversias relacionadas con el cambio climático un fenómeno reciente, el número de arbitrajes en este sector aún no se ha generalizado, sin embargo no puede desconocerse el fuerte nexo entre las cuestiones climáticas y el Derecho medioambiental, y por tanto entre los litigios relacionados, hace que la resolución de litigios medioambientales sea un sustituto aceptable de la resolución de litigios sobre el cambio climático.

A nivel empírico, la práctica del arbitraje de Estado a Estado confirma la capacidad del arbitraje para resolver controversias transnacionales con una dimensión medioambiental⁶⁶. Los daños medioambientales fueron objeto de famosos arbitrajes pioneros en los casos *Trail Smelter*⁶⁷ y del *Lago Lanós*⁶⁸. Los fallos de los tribunales arbitrales que tienen en cuenta las consideraciones ambientales, en la medida en que los laudos arbitrales que se aventuran en ese territorio desconocido han estado disponibles, principalmente en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras directas a través del “arbitraje de inversiones”⁶⁹, y en el campo menos publicitado de las controversias “comerciales”, con algunos autores que han observado similitudes entre ambos.

16. En la actualidad el cauce del arbitraje comercial es una vía cada vez más utilizada para la resolución de los litigios derivados de este sector. Tras un periodo en el cual la mayoría de los instrumentos inclusivos de dicho cauce se limitaban a hacer una referencia general al proceso y no especificaban una institución concreta ni las normas de procedimiento, la situación actual ha variado sensiblemente. Hoy nos encontramos ante un buen número de procedimientos arbitrales derivados de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Son frecuentes, en efecto, controversias variadas sometidas a arbitraje, como las derivadas de contratos de construcción y financiación de proyectos de energías renovables, de

⁶⁶ P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes: Prospects for Alternative Dispute Resolution”, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, op. cit., pp. 464–480.

⁶⁷ Este caso se refería a un litigio entre Canadá y Estados Unidos por la contaminación atmosférica derivada de una fundición en Canadá, que fue llevada por los vientos dominantes hacia el Estado estadounidense de Washington, causando graves daños medioambientales. En un pasaje muy citado, el tribunal declaró que “under the principles of international law [...] no state has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence” *Trail Smelter Case (United States v Canada)* (1938, 1941), *UNRIIAA*, vol. III, p 1905. Vid. M. VAN DE KERKHOFF, “The Trail Smelter Case Re-Examined: Examining the Development of National Procedural Mechanisms to Resolve a Trail Smelter Type Dispute”, *Utrecht J. Int'l and Eur. L.*, vol. 27, n° 73, 2011, pp. 68–83; A.J. MENAKER, “The Trail Smelter Dispute: United States of America v. Canada (Trail Smelter), Award, April 16, 1938 and March 11, 1941”, *Arbitrating for peace: how arbitration made a difference*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 55–77.

⁶⁸ *Lake Lanoux Arbitration (Spain v France)* (1957) Arbitral Tribunal, *RIIAA*, vol XII, pp 281–317. Vid. P. SANDONATO DE LEÓN, “L'affaire relatif à l'utilisation des eaux du lac Lanoux. 50 ans d'actualité”, *Agenda internacional*, vol. 15, n° 26, 2008, pp. 265–291

⁶⁹ Vid. el estudio de 114 casos de inversión con componentes medioambientales recopilados por J.E. VIÑUALES, “Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play”, *Research Handbook on Environment and Investment Law* (K. MILES, ed.), Cheltenham: Edward Elgar, 2016. Vid., asimismo, C.L. BEHARRY y M.E. KURITZKY, “Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration”, *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 30, n° 3, 2015, pp. 383–429.

desmantelamiento de centrales eléctricas de combustibles fósiles y de rehabilitación de edificios relacionados con la energía, o de contratos cuya aplicación está condicionada por normativas reguladoras del cambio climático o por los efectos directos del mismo⁷⁰. Y, junto a ellas se hallan las que ponen en marcha conjuntamente las partes implicadas una vez surgido el conflicto relacionado con el cambio climático. Ello explica que dentro de la tendencia del arbitraje internacional a diversificarse para alinearse y buscar oportunidades alternativas, esta materia haya constituido uno de sus objetivos esenciales⁷¹.

Los efectos del cambio climático ya están afectando a las empresas como muestran los informes de las compañías de seguros⁷², enfrentadas al doble reto de hacer frente a la creciente frecuencia y gravedad de los fenómenos meteorológicos extremos, desde los incendios forestales en EE UU, hasta las olas de calor sin precedentes en Europa, pasando por las inundaciones en Japón y a las continuas modificaciones normativas del sector⁷³. No en vano, los cambios en la política, la tecnología y los riesgos físicos han provocado una reevaluación del valor de una amplia gama de activos a medida que los costes y las oportunidades se hacen evidentes. Se desprende de ello que una multiplicidad de cuestiones relacionadas con el clima pueden afectar negativamente a los contratos y dar lugar a una importante conflictividad mercantil. Otros arbitrajes relacionados con el medio ambiente son susceptibles de producirse en supuestos en los que las partes de un contrato incumplan o traten de eludir sus obligaciones comerciales esgrimiendo argumentos de fuerza mayor sobre la base de los efectos del cambio climático, o cuando las partes comerciales presenten demandas contra otras empresas sobre la base de que sus contribuciones relacionadas con el cambio climático causan daños a las operaciones de los demandantes.

Para prevenir este tipo de riesgos, las partes tratan invariablemente de mitigar y asignar dichos riesgos entre ellas contractualmente lo que se traduce en que muchos contratos inserten entre sus cláusulas la obligación de cumplir y/o garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, de derechos humanos o de sostenibilidad, así como el compromiso de establecer acuerdos de respaldo con las contrapartes cuando sea menester.

17. Habida cuenta que el arbitraje es un método muy extendido en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de políticas sobre el cambio climático (energía, construcción, industria, infraestructuras...), las cláusulas de arbitraje se han ido incorporado a los contratos que vinculan a las empresas para que también se esfuercen en la lucha contra el cambio climático, que está implicado en el uso de combustibles fósiles, en la deforestación y en la quema de carbón, gas y energía. Uno de los efectos de la regulación de las empresas es la inserción de cláusulas de arbitraje en sus contratos para que los sectores de la industria también tengan un compromiso y una participación activa en la lucha contra el cambio climático. Efectivamente, las cláusulas de arbitraje se incluyen

⁷⁰ Por ejemplo, la *American Arbitration Association* contempla expresamente controversias medioambientales, que incluyen “el control de la contaminación, la limpieza del medio ambiente y la regulación química de las plantas químicas, los vertederos y otros tipos de proyectos industriales”, como una de sus áreas de especialización [<https://www.adr.org/construction>].

⁷¹ D.R. KALDERIMIS, “International Arbitration in a Brave New World”, *Arb. Int'l*, vol. 34, n° 4, 2018, pp. 533–555.

⁷² El cambio climático también expone a las aseguradoras a mayores riesgos financieros. Estas entidades desempeñan un papel fundamental en la lucha mundial contra dicho cambio: pagan las reclamaciones cuando los clientes sufren pérdidas causadas por condiciones meteorológicas extremas, tienen una capacidad considerable para realizar inversiones a largo plazo en infraestructuras para apoyar la adaptación al cambio climático y su mitigación; y su experiencia en la gestión de riesgos puede ayudar a los gobiernos, las empresas y las comunidades a desarrollar la resiliencia. Ahora bien, el hecho de que las aseguradoras transfieran estos riesgos a los consumidores, a los mercados de capitales y al sector público representa una importante cuestión de orden si estos riesgos aumentan en el futuro. Vid. A.F. DLUGOLECKI, “Climate Change and the Insurance Industry”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 24, n° 4, 2000, p. 582–601 [<https://link.springer.com/content/pdf/10.1111/1468-0440.00084.pdf>].

⁷³ Es probable que los reguladores empiecen a exigir a las aseguradoras más información, así como sus componentes e hipótesis de una amplia gama de escenarios posibles de cambio climático y la determinación de cómo se utilizan los datos climáticos en los modelos de riesgo para la fijación de precios y las decisiones de suscripción. También es probable que se exija más a las aseguradoras información en orden a las medidas adoptadas para prevenir el empeoramiento de las pérdidas relacionadas con el clima, incluidas las actividades de adaptación para mitigar el impacto de esos riesgos. Vid. la obra colectiva L. FACHE ROUSOVÁ, M. GIUZIO, S. KAPADIA, H. KUMAR, L. MAZZOTTA, M. PARKER y D. ZAFEIRIS, *Climate Change, Catastrophes and the Macroeconomic Benefits of Insurance*, EIOPA. 2021 [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d643e71e-e2be-11eb-895a-01aa75ed71a1/language-en>].

en muchos contratos redactados en los sectores más directamente implicados por el cambio climático, como el energético, el extractivo y el de la construcción; dichas industrias, que ya están muy reguladas, probablemente verán un nuevo aumento de la normativa destinada a hacer frente al cambio climático⁷⁴. Asimismo, las cláusulas de arbitraje son frecuentemente utilizadas en contratos comerciales generales en una variedad de sectores (*v.gr.*, energía, infraestructura, transporte, agricultura, manufactura y procesamiento) y contratos celebrados con el propósito de implementar los compromisos de transición, adaptación o mitigación del Acuerdo de París. Y a este catálogo cabe agregar los acuerdos de sumisión celebrados después de que haya surgido la controversia disputa para permitir que un grupo afectado resuelva disputas relacionadas con el cambio climático en un foro específico que en los litigios donde las partes no han previsto esta eventualidad; esta práctica es cada vez más frecuentes en el intento de evitar costosos procedimientos paralelos que pueden dar lugar a decisiones contradictorias.

La dimensión internacional del cambio climático y la posible implicación de Estados o entidades estatales en las controversias previstas hacen del arbitraje internacional un mecanismo adecuado para resolver las controversias relacionadas con el cambio climático. Distintos centros de arbitraje ofrecen unos foros neutrales para ello y muchos Estados o entidades estatales ya participan con frecuencia en los procedimientos de arbitraje internacional de la CCI como demandantes en litigios sobre construcción de plantas o energía.

Bien entendido que las controversias relacionadas con el cambio climático son un fenómeno reciente siendo el número de arbitrajes relacionados es por el momento limitado. Precisamente el presente estudio se centra esencialmente en examinar el papel del arbitraje comercial en la dirección de un proceso de transformación hacia un futuro sostenible y equitativo.

18. En los últimos años, la comunidad internacional decidió impulsar la evolución del procedimiento arbitral estableciendo directrices para para adaptarlo a las controversias ambientales. Las asociaciones internacionales de abogados y las cámaras de comercio reconocieron cada vez más el papel central y la evolución de las expectativas de la profesión jurídica en la respuesta al cambio climático. Entre estas realizaciones destacan:

- i) En el marco de la CNUDMI, el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo art. 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la CNUDMI, con el fin de fomentar un mayor nivel de transparencia en los arbitrajes de inversión⁷⁵. Estas

⁷⁴ El arbitraje también está previsto en los procesos de los organismos de normalización de créditos de carbono, como *Verra* y la *Fundación Gold Standard* (que, según el Banco Mundial, fueron responsables colectivamente de la mitad de los créditos emitidos a través de mecanismos de acreditación en 2020). *Verra* es un líder mundial que ayuda a abordar los desafíos ambientales y sociales más difíciles del mundo mediante el desarrollo y la gestión de estándares que ayudan al sector privado, los países y la sociedad civil a alcanzar objetivos de desarrollo sostenible y acción climática. Los estándares y marcos globales de *Verra* sirven como pilares son esenciales para canalizar la financiación de actividades de alto impacto que afectan a cuestiones ambientales más apremiantes de nuestros días. El modelo de condiciones generales de *Verra* de 2021 incluye en la n° 19 una cláusula escalonada prevé que las partes en los litigios relacionados con las mismas o con su incumplimiento intentarán resolverlos a través de la mediación de JAMS y si ésta no ha sido resulta dentro del plazo de 30 días se resolverá definitivamente mediante arbitraje administrado por la misma entidad *Verra*, *Term of Use*, septiembre 2021 [https://verra.org/wp-content/uploads/2021/10/Verra-Registry-TOU-September-2021_FINAL.pdf]. Y el recurso al arbitraje, esta vez CCI, tras un proceso de negociación previa se incluye en la cláusula 12 del acuerdo que establece el “Programa de Acreditación” a través del cual un organismo de validación/verificación, elegido de conformidad con las correspondientes Reglas del Programa *Verra* ha sido acreditado para prestar servicios de evaluación. *Verra* fue fundada en 2007 por líderes ambientales y empresariales con la finalidad de suministrar una mayor garantía de calidad en los mercados voluntarios de carbono. Su sede encuentra en Washington, DC, consistiendo se misión en la elaboración de una serie de estándares y programas que desarrolla y administra de aplicación a escala mundial. Sus programas se someten a amplias consultas con las partes interesadas y revisión de expertos, y se basan en cuatro componentes clave: estándar, evaluación independiente, metodologías de contabilidad y registro.

⁷⁵ J. SALASKY y C. MONTINERI, “UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State”, *ASA Bulletin*, vol. 31, n° 4, 2013, pp. 744–796; M. WESTCOTT, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *Arbitration*, vol. 82, n° 3, 2016, pp. 302–305; E. SHIRLOW, “Dawn or a new era?: the UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 31, n° 3, 2016, pp. 622–654

reglas se aplican a todos los tratados celebrados después del 1 de abril de 2014, a menos que las partes contratantes opten por no hacerlo. En virtud de estas normas, todas las audiencias están abiertas al público, todos los laudos se publican y los tribunales pueden aceptar (además de invitar) las presentaciones de terceros .

- ii) La publicación de un informe en 2017 titulado “*Bridging the climate change policy gap: the role of International Law and Arbitration*”, elaborado tras una conferencia internacional sobre el mismo tema celebrada a finales de 2016 y organizada conjuntamente por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), la *International Bar Association* (IBA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). El informe aborda las estrategias para mejorar las inversiones en tecnología verde y cómo el arbitraje internacional podría desempeñar un papel en la salvaguardia de estas inversiones⁷⁶.
- iii) Con posterioridad en 2019 aparecieron, promovidas por el *Center for International Legal Cooperation*, las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas, que tuvieron la virtud de ofrecer un marco regulatorio adecuado para el arbitraje internacional como método para resolver controversias de derechos humanos que involucran negocios⁷⁷; unas controversias que suelen suscitarse en determinadas zonas donde los tribunales nacionales no funcionan correctamente, o son corruptos, o sufren influencia política o no disponen de personal suficientemente cualificado. Ni que decir tiene que en este marco general el cambio climático y el impacto en el medio ambiente fueron cuestiones que tuvieron un lugar destacado.

III. Elementos y manifestaciones del incremento de las soluciones arbitrales

1. Potenciación del arbitraje tras la adopción del Acuerdo de París

19. Es cierto que la reglamentación internacional del cambio climático entró en una nueva fase tras el Acuerdo de París de 2015, si bien con ciertas limitaciones. Dentro los mecanismos de resolución de controversias previstos en el acuerdo se incluyó el arbitraje convirtiéndose desde ese momento en una alternativa prioritaria para abordar esta cuestión⁷⁸. Este instrumento hace referencia en efecto a la cláusula de solución de controversias de la CMNUCC, que permite a las partes declarar que aceptan el arbitraje de conformidad con los procedimientos que adopte la Conferencia de las Partes (COP) de la CMNUCC en un “anexo sobre arbitraje”, donde consta que el arbitraje se ha utilizado como una herramienta para resolver controversias a medida que se han desarrollado mecanismos de mercado para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. El alcance de este anexo resultó esencial para dotar al marco jurídico del cambio climático de los instrumentos que necesita para cumplir los objetivos fijados en París, y para resolver las controversias sobre el cambio climático en general; también resulta relevante sus posibilidades de adaptación a los múltiples tipos de litigios sobre el cambio climático que cada vez se suscitan con mayor frecuencia⁷⁹.

En la COP23 de 2017⁸⁰, varias instituciones arbitrales, junto con la *International Bar Association* (IBA), aprovecharon la oportunidad para dar a conocer el potencial del arbitraje en el ámbito del

⁷⁶ “Bridging the Climate Change Policy Gap: The Role of International Law and Arbitration” (2017) [https://sccinstitute.com/media/221868/conference_report_climatechange2.pdf]

⁷⁷ The Hague Rules On Business and Human Rights Arbitration. Report 12 diciembre 2019 [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/02/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_Launch-Report-.pdf]. Vid. C. KESSEDIAN, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l’arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l’homme par les entreprises”, *Journ. dr. int.*, vol. 148, nº 1, 2021, pp. 71–88.

⁷⁸ J. LEVINE, “Climate Change Disputes: The PCA, The Paris Agreement and Prospects for Future Arbitrations”, *Transnational Dispute Management*, vol. 14, nº 1, 2017.

⁷⁹ R. DE PAOR, “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won’t be A Next Time”, *Journ. Int’l Disp. Settl.*, vol. 8, nº 1, 2017, pp. 179–215.

⁸⁰ La Conferencia sobre el Cambio Climático de 2017 tuvo lugar en Bonn, Alemania, del 6 al 18 de noviembre. En ella se reunieron los líderes de los gobiernos nacionales, las ciudades, los Estados, las empresas, los inversores, las ONGs y la sociedad civil para acelerar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático.

cambio climático. Con posterioridad, en la COP26, los gobiernos adoptaron reglas largamente esperadas para la cooperación en el mercado de carbono bajo el Acuerdo de París (arts. 6.2º y 6.4º)⁸¹, concretamente el anexo de arbitraje en la COP26 es un instrumento fundamental para garantizar el respeto del Acuerdo de París y se espera que aliente a los Estados a adoptar más medidas de respuesta al cambio climático y proporcionará a las partes un foro más adecuado para la resolución de controversias sobre el cambio climático⁸².

2. Realizaciones de los centros de arbitraje

A) Institucionalización del arbitraje vinculado al cambio climático

20. Desde la adopción del Acuerdo de París en 2016 y su entrada en vigor, las empresas se han esforzado por adaptarse a la creciente regulación de las emisiones. El arbitraje internacional y la solución alternativa de controversias (ADR) se están convirtiendo cada vez más en la opción de las empresas para resolver eficazmente las controversias relacionadas con el cambio climático. Durante mucho tiempo, las instituciones de arbitraje dedicado exclusivamente a los conflictos comerciales no habían prestado atención a estas cuestiones. Sin embargo en los últimos años los centros de arbitraje más importantes del mundo han proclamado su adaptabilidad y apoyo con respecto a las cuestiones medioambientales y a las relacionadas con esta materia allanando el camino para su aceptación generalizada, siendo testigos de un aumento constante de las controversias relacionadas con el cambio climático: Corte Permanente de Arbitraje, *London Court of International Arbitration*, Corte Internacional de Arbitraje e Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Ello al margen de la acción del CIADI, que se excluye del presente estudio dada la autonomía del arbitraje de protección de inversiones. Por lo general, estas instituciones han estado intrínsecamente vinculadas a la transición energética, que se aleja de las fuentes de energía tradicionales, como los combustibles fósiles y el carbón, hacia el aumento de las inversiones en energías renovables, la modernización de las redes eléctricas y la mejora del almacenamiento de energía y datos. Entre otros muchos ejemplos que pudieran aportarse está la labor de la *American Arbitration Association* ocupada en cuestiones relativas al control de la contaminación, la limpieza del medio ambiente, la regulación química de las plantas químicas, los vertederos y otros tipos de proyectos industriales⁸³.

Las instituciones arbitrales están en disposición de establecer un conjunto de normas específicas para los litigios medioambientales, si bien las normas actuales de los centros de arbitraje pueden adaptarse para atender a las cuestiones relacionadas con el cambio climático. Cuestión distinta es el empleo del “arbitraje climático”, circunstancia que no está en función de la calidad de las reglas, que son lo suficientemente flexibles como para poder aplicarse a cualquier caso, sino en otros motivos⁸⁴.

⁸¹ Las principales organizaciones e instituciones de arbitraje celebraron una mesa redonda al margen de la cumbre de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP23), celebrada en Bonn, en la que se destacó la descripción de la “marea creciente” de casos con aspectos medioambientales de los que se ocupa la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (“COP23 delegates hear about a ‘rising tide’ of environmental cases”, *Global Arb. Rev.*, 23 noviembre 2017; PCA: Press Release, “Participation in COP-23” [<https://pca-cpa.org/en/news/press-release-pca-participation-in-cop-23/>]. *Vid.* S. MINAS “COP26 Created New Carbon Market Rules: How Will Arbitration Respond?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 23 enero 2022.

⁸² Otros protocolos sobre el cambio climático que adoptan el arbitraje como medio de resolución de litigios son el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que contiene procedimientos de solución de controversias en el art. 11 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (VCPOL). El propio VCPOL contiene un “anexo de arbitraje” que ha sido aprobado. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que inserta el arbitraje como medio de solución de controversias. La convención tiene un papel que planear en las controversias sobre el cambio climático relacionadas con el mar.

⁸³ American Arbitration Association, “Practical Areas: American Arbitration Association” [<https://www.adr.org/construction/>].

⁸⁴ Baste referirse a actuaciones como la *Campaign for Greener Arbitrations* por unos arbitrajes más ecológicos impulsada por de la árbitro Lucy Greenwood con el objeto de gestionar sus arbitrajes de forma respetuosa con el medio ambiente. Desde los primeros momentos la campaña contó con el apoyo de instituciones arbitrales, bufetes de abogados, empresas, centros educativos y grupos de reflexión de todo el mundo. En 2019, lanzó lo que denominó su “Compromiso Verde” para minimizar el

21. En abril de 2017, la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional constituyó el Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje de Disputas Relacionadas con el Medio Ambiente y el Cambio Climático, cuyo proyecto de informe está en la fase final de aprobación. Entre sus conclusiones se encuentra que en los contratos comerciales relativos a los sectores más afectados por la transición a la energía sostenible, el arbitraje y el ADR de la CCI fueron adoptados con frecuencia como mecanismo de resolución de disputas. Por ejemplo, en los ámbitos de la energía, las infraestructuras y el urbanismo, el uso global y regional del suelo y la industria, el arbitraje se elige cada vez más como el medio preferido para resolver estas disputas.

Iniciativas de este tipo responden en gran parte al llamamiento del Grupo de Trabajo de la IBA sobre Justicia y Derechos Humanos en relación con el Cambio Climático en el sentido de que la profesión jurídica tenía un papel fundamental que desempeñar en la lucha para combatir el cambio climático combatiendo los vacíos que dejó el Acuerdo de París (*IBA's 2014 Task Force Report*) a todas las instituciones arbitrales para que tomaran “*appropriate steps to develop rules and/or expertise specific to the resolution of environmental disputes, including procedures to assist consideration of community perspectives*”⁸⁵. Las primeras realizaciones de relevancia para establecer modelos y mejores prácticas en los arbitrajes con componentes vinculados a los litigios climáticos se realizaron en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje, destacando la elaboración de un Reglamento Facultativo para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales. Esta labor fue seguida en el marco de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que en 2019 encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un informe sobre el cambio climático y los litigios relacionados con el cambio climático, definidos estos últimos como “cualquier litigio que surja o esté relacionado con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”.

Posteriormente, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) utilizó el mismo concepto en su documento *Green Technology Disputes in Stockholm* (2019).

B) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relacionadas con el Medio Ambiente y/o los Recursos Naturales (2001)

22. Durante la década de 1990, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) reconoció que era necesario contar con procedimientos de resolución de controversias adaptados específicamente a estos los litigios, que cubriesen ciertas las lagunas procesales existentes con respecto a la designación de expertos, la confidencialidad, las medidas provisionales, la rapidez de los procedimientos arbitrales y la ejecutabilidad de la decisión final⁸⁶. En mayo de 2000, se constituyó un comité para redactar el Reglamento para

impacto de su práctica arbitral en el medio ambiente creando un año más tarde un Comité Directivo compuesto por miembros de la comunidad del arbitraje, incluidos profesionales, instituciones y proveedores de servicios jurídicos que tienen un interés en la mejora continua del arbitraje internacional. Un objetivo fundamental del Comité Directivo fue el establecimiento de un marco y un conjunto de protocolos para promover un mejor comportamiento medioambiental a través de una serie de acciones. Tras un periodo de consulta pública a principios de 2021, la Campaña lanzó los denominados “Protocolos Verdes” que establecen el marco para la aplicación de los Principios Rectores de la *Campaign for Greener Arbitrations*. Fueron creados para ayudar a los participantes en el campo del arbitraje a reducir su contribución a la huella medioambiental de los procedimientos arbitrales, proporcionando una guía práctica fácil de usar y las mejores prácticas para que los intervinientes en los procedimientos arbitrales adopten comportamientos sostenibles [<https://www.greenerarbitrations.com>].

⁸⁵ El Comité de Arbitraje de la IBA trabajó estrechamente con los miembros de la Corte Permanente de Arbitraje, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para promover la resolución de controversias medioambientales a través del arbitraje. Además participaron conjuntamente en la conferencia conjunta en París durante la COP-21 sobre el arbitraje de disputas relacionadas con el cambio climático. *Vid.* IBA Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, 2014, p. 144 [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>].

⁸⁶ En 1996, la CPA convocó un Grupo de Trabajo especial sobre Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (“Grupo de Trabajo”) con el fin de explorar su papel potencial en la resolución de controversias ambientales. El Grupo de Trabajo, compuesto por representantes de los gobiernos de Australia, Brasil, China, India, la Federación Rusa y Samoa, se mostró unánimemente a favor de utilizar la CPA como el instrumento adecuado para resolver dichas controversias. *Vid.* A. REST, “An International Court for the Environment: The Role of the Permanent Court of Arbitration”, *Asia Pacific Journal of Environmental Law*,

la resolución de controversias relacionadas con el medio ambiente y/o los recursos naturales, presidido por el profesor Philippe Sands. Este Reglamento, redactado por expertos en Derecho ambiental y arbitraje fue aprobado en una reunión extraordinaria celebrada el 19 de junio de 2001⁸⁷. Un año más tarde el Consejo Administrativo de la CPA adoptó por consenso otro conjunto de normas para la resolución de controversias medioambientales, a saber, el Reglamento Facultativo para la Conciliación de Controversias Relacionadas con los Recursos Naturales y/o el Medio Ambiente (“Reglamento de Conciliación”)⁸⁸.

El Reglamento Facultativo se basa en el Reglamento de la CNUDMI, pero acomodándose a las características propias de las controversias relacionadas con los recursos naturales, la conservación o la protección del medio ambiente.

- i) *Ámbito de aplicación.* Contiene un ámbito de aplicación especialmente amplio pues, de acuerdo con su art. 1.1º: “La expresión ‘acordar por escrito’ incluye disposiciones en acuerdos, contratos, convenciones, tratados, como también los estatutos de una organización internacional o agencia, así como una referencia previamente acordada por las partes, de una corte”. Esta amplitud tiene dos importantes consecuencias. De un lado, facilita que los Estados puedan incluir el Reglamento en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente que consideren oportuno y que, aún se no hayan adoptado, procedimientos de solución de controversias, así como en los contratos y en los acuerdos de arbitraje *ad hoc*. De otro lado, pretende dar respuesta a la fragmentación existente del Derecho ambiental internacional en múltiples instrumentos especializados suministrando un puente entre dichos acuerdos y un foro basado en un derecho separado y distinto”⁸⁹
- ii) *Definición de controversia.* Se aplica el Reglamento a las controversias relacionadas tanto con el medio ambiente como con los recursos naturales, al establecer que “Cuando todas las partes hayan acordado resolver un litigio específico de conformidad con el presente Reglamento, la decisión sobre si el litigio está relacionado con el medio ambiente o los recursos naturales no es necesaria para determinar la jurisdicción”.
- iii) *Flexibilidad y libertad a las partes.* El Reglamento permite elegir un tribunal arbitral de uno, tres o cinco árbitros (art. 5) y nombrar árbitros con experiencia y conocimientos en derecho ambiental o de los recursos naturales de la Lista de Árbitros de la CPA (art. 8.3º). Además, las partes pueden elegir peritos y los tribunales pueden nombrar peritos una lista indicativa de personas consideradas expertas en los asuntos científicos o técnicos

1999, n° 4, pp. 107–124, esp. p. 118; P.J.H. JONKMAN, “Resolution of International Environmental Disputes: a Potential Role for the Permanent Court of Arbitration”, *Towards the world governing of the environment*, IV International Conference International Court of the Environment Foundation (ICEF), 2–5 June 1994, Venice (Italy), vol. I, Pavia, Luculano, 1996, pp. 435–463

⁸⁷ Resulta de referencia obligada el completo estudio de este instrumento en T. MESHEL, “Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA)”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2015 [https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/Optional_Rules_for_Arbitration_Law-mpeipro-e2810.pdf]. *Vid.*, asimismo, A.C. KISS, ‘Environmental Disputes and the Permanent Court of Arbitration’, *Hague Yearb. Int’l L.*, vol. 16, 2003, pp. 41–46; C.M.J. KRÖNER, “The Work of the Permanent Court of Arbitration in the Field of Environmental Dispute Resolution”, *International Conference on Global Environmental Governance*, Rome, Ministry of Foreign Affairs, 20–21 May 2010, pp. 277–282; A. BLANC ALTEMIER, “Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, n° 1, 2003, pp. 506–511; M. VESPA, “An Alternative to an International Environmental Court? The PCA’s Optional Arbitration Rules for Natural Resources and/or the Environment”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 295–331.

⁸⁸ Al igual que el Reglamento de Arbitraje, el Reglamento de Conciliación puede ser utilizado por las partes privadas, por otras entidades de derecho nacional o internacional, por organizaciones internacionales y por los Estados si todas las partes están de acuerdo en utilizarlo. Las partes pueden elegir a los conciliadores de la Lista de Árbitros de la CPA constituida conforme al Reglamento de Arbitraje, o a los miembros de la CPA, y pueden elegir a los peritos de la Lista de Expertos Científicos y Técnicos de la CPA constituida conforme al Reglamento de Arbitraje (Reglamento de Conciliación, Introducción). Por último, el Reglamento de Conciliación contiene recomendaciones al conciliador o conciliadores destinadas a facilitar la resolución de las controversias medioambientales, como sugerencias para la creación de un comité que supervise la aplicación de un acuerdo de conciliación (art. 12 del Reglamento de Conciliación).

⁸⁹ D.P. RATLIFF, “The PCA optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment”, *Leiden J. Int’l L.*, vol. 14, n° 4, 2001, pp. 887–896, esp. p. 890.

que puedan ser relevantes para el presente. Por último, el Reglamento de Arbitraje puede ser modificado o adaptado para ajustarse a los requisitos específicos de las partes y a las cuestiones implicadas en la disputa y, en particular, para especificar la jurisdicción *ratione personae* con el fin de permitir la participación de actores no estatales.

- iv) *Autoridad nominadora*. Si las partes no hubieran llegado a acuerdo sobre la autoridad nominadora, o si la autoridad nominadora acordada por las partes se negara a actuar o no nombrase el árbitro dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud de una de las partes en ese sentido, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (art. 6. 2º). Al efecto el Reglamento crea un marco procesal que puede agilizar el proceso arbitral y evitar el estancamiento cuando, por ejemplo, las partes no pueden decidir sobre los árbitros o el procedimiento para su nombramiento. Estas disposiciones son importantes, ya que el tiempo suele ser esencial en las controversias medioambientales, debido a la posibilidad de que se produzcan daños irreversibles en el ecosistema. Por último, dado que los litigios medioambientales pueden implicar a múltiples partes, el Reglamento de Arbitraje incluye disposiciones específicas para la designación de árbitros por varias partes.
- v) *Confidencialidad* Reglamento de Arbitraje incluye disposiciones de confidencialidad más estrictas y detalladas que otros Reglamentos Facultativos de la CPA y el Reglamento de la CNUDMI, ya que no sólo prevé que los procedimientos se celebren a puerta cerrada (art. 25.4º), sino también que el laudo sea confidencial (art. 32.6º, a menos que las partes acuerden lo contrario. También permite a las partes solicitar al tribunal que cualquier información presentada en el procedimiento sea clasificada como confidencial (art. 15.4º) y consiente que el tribunal determine si la información debe ser clasificada de este modo, ya que es de tal naturaleza que la ausencia de medidas especiales de protección en el procedimiento podría causar un grave perjuicio a la parte o partes que invocan su confidencialidad. Como novedad se incluye que el tribunal “también podrá, a solicitud de parte o de oficio, nombrar a un asesor en confidencialidad... con el fin de que, sobre la base de la información confidencial, le informe sobre cuestiones específicas señaladas por el tribunal, sin revelar la información confidencial a la parte que no aportó dicha información como tampoco al tribunal”. Estas disposiciones de confidencialidad fueron diseñadas para proteger la información que afecta a la seguridad nacional, la propiedad intelectual, los secretos comerciales y otra información de propiedad, y para permitir a las partes cumplir con sus leyes nacionales y gestionar cualquier información sensible o restricciones políticas⁹⁰.
- vi) *Acceso a entidades no estatales*. El reglamento permite el acceso a entidades no estatales, ya que pueden utilizarse en controversias en las que participen no sólo Estados, sino también organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, corporaciones y partes privadas. En el contexto de las controversias relacionadas con el cambio climático, por ejemplo, la mayor accesibilidad al proceso prevista en el Reglamento de Arbitraje puede abrir una nueva vía para los actores no estatales⁹¹.
- vii) *Medidas cautelares*. A menos que las partes acuerden lo contrario, “el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes y habiendo obtenido la opinión de todas ellas, tomar todas las medidas provisionales, incluyendo ordenes provisionales en relación con el asunto en litigio, que considere necesarias para la protección de los derechos de cualquiera de las partes o para impedir, dentro del ámbito del asunto en litigio, un daño serio al medio ambiente” (art. 26.1º). Este precepto limita las ordenes de medidas provisionales al objeto del litigio y sólo las permite para “preservar los derechos de cualquiera de las partes o para evitar un daño grave al medio ambiente”..

⁹⁰ C.M.J. KRÖNER, “The Work of the Permanent Court of Arbitration in the Field of Environmental Dispute Resolution”, *International Conference on Global Environmental Governance: Rome – Ministry of Foreign Affairs, 20–21 May 2010*, Roma, Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), 2011, pp. 277–281, esp. p. 280.

⁹¹ R. MACKENZIE, “The role of dispute settlement in the climate change regime” (J. BRUNNEE, M. DOELLE y L. RAJAMANI, eds.), *Promoting Compliance in an Evolving Climate Regime*, Cambridge University Press, 2011, pp. 395–417.

- viii) *Sustanciación de las actuaciones arbitrales*, al igual que el Reglamento de la CNUDMI, el Reglamento facultativo que estamos estudiando establece que el tribunal arbitral puede llevar a cabo un arbitraje de la manera que considere apropiada siempre que las partes sean tratadas con igualdad y se les dé plena oportunidad de presentar su caso (art. 15.1º). El procedimiento se llevará a cabo sobre la base de documentos, pero, si una parte lo solicita, podrán celebrarse audiencias para la presentación de pruebas testificales, incluidas las pruebas periciales (art. 15.2º).
- ix) *Derecho aplicable*. En este caso el Reglamento difiere de lo estatuido por el Reg. CPA en el sentido de que, cuando las partes no hayan hecho dicha designación, el tribunal aplicará el derecho nacional y/o internacional y las normas de derecho que considere apropiadas (art. 33). Este amplio margen concedido al tribunal de arbitraje para decidir la ley aplicable es importante en el contexto medioambiental internacional, dado que los asuntos suelen surgir en un contexto nacional y se convierten en transnacionales en una fase posterior.

23. Con esta redacción, el Reglamento facultativo de la CPA pretendió llenar la laguna en la resolución de disputas medioambientales internacionales existente en su estructura organizativa. Sin embargo, a la luz de su uso relativamente limitado hasta el momento, queda por ver si es capaz de superar las deficiencias de la resolución clásica de conflictos internacionales a la hora de abordar cuestiones medioambientales “globales, multilaterales y simétricas” como el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono. En todo caso, su adopción del Reglamento, la CPA observó un aumento significativo de las solicitudes de información sobre el nuevo instrumento a la vez que asistencia para la redacción de cláusulas de arbitraje que prevén el recurso a la CPA en convenios, acuerdos internacionales y contratos⁹².

El mecanismo diseñado por la CPA proporciona un “foro unificado” para la resolución rápida y eficaz de controversias complejas y multilaterales relacionadas con cuestiones medioambientales, tanto por parte de los Estados como de los agentes no estatales, y evitan la larga y costosa negociación de normas de procedimiento para la resolución de controversias medioambientales. Además, el Reglamento combina las ventajas de las ampliamente aceptadas Reglas de la CNUDMI y las otras Reglas Opcionales de la CPA, bien establecidas, lo que las hace adecuadas para la resolución tanto de controversias medioambientales con dimensiones comerciales como de controversias de Derecho internacional público con un elemento medioambiental⁹³. De este modo, el Reglamento de Arbitraje parece llenar la laguna en la resolución de controversias medioambientales internacionales que pretendía pudiendo el acceso a la justicia funcionando como una herramienta para la interpretación de los acuerdos existentes; posiblemente reparando parte de la fragmentación del derecho (ambiental) internacional.

Pese a que el Reglamento facultativo fue muy celebrado cuando se adoptó por primera vez en 2001 a la luz de su uso relativamente limitado hasta ahora, queda por ver si es capaz de superar las deficiencias de la resolución clásica de controversias internacionales a la hora de tratar cuestiones medioambientales “globales, multilaterales y simétricas” como el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono. En la práctica apenas se ha utilizado para resolver controversias medioambientales⁹⁴.

⁹² En 2003, el Reglamento de Arbitraje se incluyó por primera vez en un acuerdo medioambiental multilateral, a saber, el Protocolo sobre responsabilidad civil e indemnización de daños causados por los efectos transfronterizos de los accidentes industriales en aguas transfronterizas del Convenio de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales y del Convenio de 1992 sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales. También en 2003, la CPA participó en debates sobre el posible uso del Reglamento de Arbitraje con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Secretaría de la Convención de Ramsar y el Centro de Recursos Jurídicos Internacionales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la *American Bar Association*. El Reglamento de Arbitraje se mencionó asimismo en el Modelo de Acuerdos de Compra de Reducción de Emisiones de 2006 elaborado por la Asociación Internacional de Comercio de Emisiones.

⁹³ D. RATLIFF, “Dispute Resolution and Environmental Security”, *Hague Yearb. Int'l L.*, vol. 20, 2007, p. 65–73.

⁹⁴ A. ROSS, “The PCA and Climate Change”, *Global Arbitration Review*, 10 diciembre 2015; T. Meshel, “Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA) (February 15, 2016)”, MPILux Research Paper 2017 (1), Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law published by OUP, 2019 [<https://ssrn.com/abstract=3426459> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3426459>].

El Informe COP21 elaborado por la IBA puso de relieve que las empresas estaban abiertas a una mayor regulación en materia de medio ambiente y derechos humanos, pero que esta regulación debía ser transparente, clara y, sobre todo, proporcionar seguridad a las empresas que planifican sus compromisos financieros y operativos. Se señaló además que, unas cláusulas de arbitraje cuidadosamente diseñadas en los contratos permitirían anticipar y prevenir activamente las disputas entre los proveedores sobre el impacto de la nueva legislación fiscal sobre el carbono, en lugar de que esto sea un riesgo que las empresas no puedan mitigar⁹⁵

C) Informe del Grupo de Trabajo de la CCI sobre el Arbitraje en las Controversias Relacionadas con el Cambio Climático (2019)

24. Indiscutiblemente la CCI es una entidad consolidada en la resolución de controversias medioambientales derivadas del cambio climático. El Grupo de Trabajo predijo que las disputas relacionadas con el cambio climático aumentarán exponencialmente en los próximos años y sugiere que la CCI está mejor posicionada para tratar dichas disputas, dado su papel activo en la negociación de cuestiones relacionadas con el cambio climático en nombre de las empresas y la industria. Además, cuenta con procedimientos que permiten soluciones únicas para abordar las cuestiones relacionadas con el cambio climático, entre ellos. El recurso a árbitros y peritos con conocimientos científicos y relacionados con el cambio climático; técnicas de gestión de casos que permiten procedimientos acelerados y medidas urgentes diseñadas para facilitar la pronta resolución de las controversias; la capacidad de aplicar leyes específicas que rigen o son aplicables, incluidos los instrumentos jurídicos pertinentes en materia de cambio climático; la preservación de la confidencialidad como sello distintivo del arbitraje, al tiempo que se adoptan medidas para aumentar la transparencia de acuerdo con la autonomía de las partes; y la capacidad de adherirse a partes adicionales, presentar múltiples reclamaciones sobre la base de múltiples contratos y permitir la presentación de *amicus curiae* con el acuerdo de las partes. El arbitraje de la CCI es, por tanto, una opción natural para las empresas que intentan adaptarse a la creciente regulación del cambio climático y adecuar sus prácticas a las nuevas normas. Las empresas pueden considerar la introducción de una cláusula de arbitraje de la CCI en sus contratos comerciales existentes y nuevos para adelantarse a una posible disputa sobre el cambio climático.

En noviembre de 2019, la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional publicó un informe que examina el papel del arbitraje y ADR en la resolución de controversias internacionales relacionadas con el cambio climático⁹⁶. Asimismo, muchas de las recomendaciones que incluye están alineadas y con las contenidas en las referidas Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas, lanzadas en diciembre de 2019, proporciona orientación y sugiere modelos de redacción para varios escenarios. Entre sus objetivos figuraba la adaptación del arbitraje otros servicios de solución de controversias practicados en el seno de la CCI a las controversias relacionadas con el cambio climático.

El Informe destaca que las previsible controversias que surgen en los sectores afectados por las transiciones impulsadas por el cambio climático representaron alrededor del 70% de todos los nuevos casos de arbitraje de la CCI en 2018, y solo los sectores de la construcción, la ingeniería y la energía

⁹⁵ De los 100 casos pendientes en la CPA hasta diciembre de 2015, la mitad estaban relacionados con la energía y muchos planteaban cuestiones medioambientales, como la preservación y la sostenibilidad del medio ambiente, la reparación de daños medioambientales y los derechos relacionados con los recursos naturales). Estos casos se presentaron en el marco del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Inversiones, Tratados Bilaterales); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992); y el sistema de solución de controversias del Tratado sobre la Carta de la Energía). Además, entre 2009 y 2015, la CPA ha administrado nueve casos de contratos derivados del Protocolo de Kioto de 1997, incluidos los seis casos en virtud del Reglamento de Arbitraje mencionados anteriormente, y tres casos en virtud del Reglamento de la CNUDMI COP21: Climate Change Related Disputes: “A Role for International Arbitration and ADR”, 7 diciembre 2015 [http://isdblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/12/David-W-Rivkin-speech-Climate_change_arbitration.pdf].

⁹⁶ ICC Commission Report, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, 2019 [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>].

representan más del 40%. El Informe también destaca que las inversiones relacionadas con el cambio climático están aumentando rápidamente y que una transición de sistemas de la escala propuesta por el IPCC recalibrará el riesgo regulatorio y la estrategia de inversión en sectores donde el arbitraje y la ADR son relevantes y prevalentes.

Se adopta una definición amplia de las controversias relacionadas con el cambio climático, que incluye: “...cualquier controversia que surja de o en relación con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la CMNUCC y el Acuerdo de París”.

Y al efecto se identifican tres categorías distintas de controversias relacionadas con el cambio climático, clasificables en dos rúbricas: controversias directas y controversias indirectas:

- i) controversias directas:
 - a) Litigios derivados de contratos específicos de transición, adaptación o mitigación suscritos para cumplir objetivos o compromisos específicos en materia de cambio climático. Un ejemplo sería un litigio entre un propietario y un contratista en relación con la construcción de un campo de paneles solares que se está construyendo con el objetivo de alcanzar los objetivos de reducción de emisiones del Acuerdo de París. El propietario se niega a pagar, alegando que la producción del campo no cumple con las especificaciones reglamentarias necesarias para obtener la aprobación gubernamental final.
 - b) Litigios derivados de contratos más generales en los que, por ejemplo, la ejecución contractual se ha visto afectada por las respuestas de las partes a los cambios en las leyes y reglamentos nacionales; o por los impactos ambientales del propio cambio climático. Un ejemplo de esta categoría (aunque estos casos podrían surgir en cualquier sector) sería una disputa entre un fabricante de automóviles que requiere un gas refrigerante de una especificación concreta para cumplir la normativa sobre emisiones. Debido a una catástrofe natural que afectó a la capacidad de producción de su proveedor, el fabricante recibió un gas que no cumplía esas especificaciones, lo que hizo que las autoridades le obligaran a suspender la entrega de un gran número de vehículos. El fabricante, a su vez, pide una indemnización a su proveedor.
- ii) Controversias indirectas: Litigios que las partes han acordado someter a arbitraje después de que haya surgido la controversia. Por ejemplo, un litigio entre una población indígena y una empresa de infraestructuras en el que las actividades de esta última han tenido un impacto medioambiental; y las partes acuerdan resolverlo a través del arbitraje (aunque existen numerosos ejemplos de reclamaciones presentadas ante los tribunales nacionales –el caso *Urgenda contra el Gobierno holandés* es un ejemplo–, no todos los tribunales nacionales están bien situados para resolver este tipo de litigios, por lo que el arbitraje puede ofrecer una solución viable y conveniente en estos casos)⁹⁷.

25. Por consiguiente, en el caso de los litigios relacionados con el cambio climático, como en cualquier otro litigio, se requiere un acuerdo de arbitraje entre las partes. Dado que el arbitraje es un método acreditado en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de las políticas de cambio climático (como la energía, la construcción, los sistemas industriales y las infraestructuras), las cláusulas de arbitraje se utilizan a menudo en estos sectores. En los litigios en los que las partes no tienen una relación preexistente (como el ejemplo de la tercera categoría anterior), sería necesario un acuerdo posterior a la aparición de un litigio. Estos acuerdos pueden ser cada vez más comunes, sobre todo porque las partes intentan evitar costosos procedimientos paralelos que pueden dar lugar a decisiones contradictorias.

Dentro de las ventajas del arbitraje en los litigios relacionados con el cambio climático el Informe del Grupo de Trabajo de la CCI de 2019 señala que, además de ofrecer la ventaja de un foro neutral,

⁹⁷ *Vid. supra*, n° 10.

el arbitraje se beneficia de la Convención de Nueva York, que permite un amplio reconocimiento y ejecución transfronterizos de los laudos arbitrales. Dada la probable presencia de Estados y entidades estatales como partes, la neutralidad del arbitraje internacional aumenta su idoneidad. El grueso del Informe se centra en cómo se pueden adaptar varias características procesales específicas del arbitraje para que se adapte mejor a las controversias relacionadas con el cambio climático⁹⁸.

Los mecanismos y características descritos en el Informe confirman que el arbitraje es un foro adecuado y accesible para la resolución de controversias relacionadas con el cambio climático, lo que hace presagiar que el arbitraje tendrá un papel importante en este ámbito.

Por último, el Informe de la CCI refleja la tendencia y la urgencia crecientes en relación con las controversias relacionadas con el cambio climático, en circunstancias en que los países de esta región tendrán que prepararse para el calor extremo, las mareas de tempestad, el aumento del nivel del mar, el estrés hídrico, las tormentas de polvo y arena, y la desertificación. El Informe subraya la importancia de disponer de un foro apropiado para administrar dichas controversias. Aunque el Informe de la CCI no propone ningún cambio en el actual Reglamento de Arbitraje de la CCI, sus recomendaciones indican que en el futuro puede haber una tendencia creciente a desarrollar procedimientos específicos que regulen las controversias relacionadas con el cambio climático.

IV. Fortalezas del arbitraje internacional

1. Inherentes a la institución

26. A la pregunta de si el arbitraje comercial, concretamente sus reglas y sus principios, son realmente apropiados para resolver controversias sobre el cambio climático y el medio ambiente en sus distintas dimensiones debe responderse positivamente. Indudablemente la flexibilidad y el internacionalismo inherentes al proceso arbitral hacen que esta institución sea un método de resolución de conflictos adecuado para este tipo de disputas, que casi siempre manifiestan una dimensión transfronteriza. Pero el arbitraje ofrece además ventajas significativas, proclamadas con reiteración por que los centros de arbitraje, suficientemente evidentes para demostrar una tendencia a la extensión de su ámbito de actuación a esta materia. Al lado de la aplicación eficaz de las normas rectoras en la materia gran parte de los laudos pronunciados en esta materia son igualmente vitales para frenar los principales problemas medioambientales.

Como mecanismo de resolución de disputas, el arbitraje está bien diseñado para dar cabida a aquéllas relacionadas con el cambio climático brindando un foro internacional uniforme que puede ser particularmente valioso en los casos que giran en torno a los acuerdos internacionales como el Acuerdo de París, así como la capacidad de utilizar expertos designados por las partes que pueden integrarse en los procedimientos en una etapa temprana y ayudar al tribunal a centrarse y definir las cuestiones climáticas pertinentes. Las características del arbitraje comercial lo hacen especialmente al aportar importantes dosis de neutralidad, suministrar un procedimiento flexible adaptable a las necesidades de una disputa climática concreta y garantizar la ejecutabilidad de los laudos beneficiándose de la cobertura mundial de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.⁹⁹ Ofrece, en efecto, una gran flexibilidad y libertad a las partes permitiéndoles elegir un tribunal arbitral de uno o más árbitros y nombrar árbitros con experiencia y conocimientos en derecho ambiental o de los recursos naturales, aunque presenta *prima facie* el inconveniente de la consiguiente falta de accesibilidad a los terceros y al público en general sobre la idoneidad de este foro para la resolución de disputas medioambientales.

⁹⁸ El Informe de la CCI acepta que los tribunales arbitrales están obligados a cumplir con el derecho aplicable y las normas obligatorias que las partes hayan acordado. Sin embargo, sugiere que con la evolución de las leyes internacionales y nacionales en el desarrollo de compromisos y políticas específicas sobre el cambio climático, los tribunales arbitrales están obligados a dar mayor consideración a dichos instrumentos. Un ejemplo notable, en un contexto de tratado de inversión, es el Tratado Bilateral de Inversión Modelo de los Países Bajos de 2018, que hace referencia expresa al Acuerdo de París.

⁹⁹ T. GRANIER, J. GRIERSON y S. KARSSENTILS, "Arbitration Helping or Hindering the Protection of the Environment and Public Health?", *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021. pp. 327-344.

27. Resaltan muchas significativas ventajas del arbitraje en la solución de las controversias climáticas, ofreciendo una gran oportunidad para que el Derecho regulador de esta materia, tanto desde su vertiente interna como internacional, proporcione la certidumbre y el estímulo que tanto necesita el sector privado para movilizar la importante inversión verde necesaria para apoyar el Acuerdo de París. Resulta verdaderamente útil contar con un foro internacional uniforme para los litigios relacionados con el cambio climático, lo que puede ser especialmente valioso. Veamos algunas manifestaciones:

- i) *Facilidades para la sustanciación del asunto*, Desde el punto de vista del procedimiento los tribunales arbitrales: a) junto con las partes, pueden diseñar los procedimientos de forma flexible y adaptarlos a la naturaleza o al objeto del litigio; b) pueden nombrar e interrogar a los peritos y utilizar las listas existentes en los Centro administradores seleccionar a los peritos adecuados. los tribunales arbitrales; c) separar aspectos del procedimiento y adoptar decisiones parciales sobre cuestiones específicas inherentes al cambio climático, identificando los aspectos controvertidos relacionados con el cambio climático; orientar a las partes a limitar el alcance de los alegatos y a aconsejarles que se centren en aspectos específicos del cambio climático. Asimismo, el arbitraje comercial ha incorporado por obra de numerosas administradores mecanismos como el arbitraje de urgencia (*fast-track arbitration, expedited procedure ...*) o adopción de medidas provisionales urgentes antes de la constitución de un tribunal arbitral con el nombramiento de un “árbitro de emergencia”, con facultades para conceder medidas provisionales en un plazo muy breve¹⁰⁰. que juegan un papel importante en la solución rápida. Teniendo en cuenta el rápido ritmo de los conocimientos científicos, la innovación y las nuevas tecnologías relacionadas con el cambio climático, la urgencia, la puntualidad y el evitar retrasos es primordial para resolver los litigios relacionados con el cambio climático. Esto también se debe al potencial impacto medioambiental sobre la población si las disputas no se resuelven en una fase temprana¹⁰¹.
- ii) *Ampliación del contenido de la ley rectora*. No es infrecuente que las partes especifiquen que la ley rectora de un contrato no es una ley nacional, sino el “Derecho internacional público”, los “principios generales del comercio internacional”, o alguna de sus versiones consolidadas como los “Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales inter-

¹⁰⁰ D. PARAGUACUTO-MAHÉO y C. LECUYER-THRIEFFRY, “Emergency Arbitrator: a New Player in the Field - The French Perspective”, *Fordham Int’l L. Rev.*, vol. 40, nº 3, 2017, p. 749-797; R. ALNABER, “Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement Get access Arrow”, *Arb. Int’l*, vol. 35, núm. 4, 2019, págs. 441-472. M. V. SÁNCHEZ POS, “Del juez al árbitro de emergencia: El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 11, nº 2, 2018, pp. 403-442. H.L. BRENDAN CASEY, “Ten Years Later: Why the ‘Renaissance of Expedited Arbitration’ Should Be the ‘Emergency Arbitration’ of 2020”, *J. Int’l Arb.*, vol. 37, nº 3, 2020, pp. 325-340.

¹⁰¹ El Reglamento de Arbitraje de la CCI y los reglamentos de otras instituciones arbitrales importantes ofrecen diversas características que pueden adoptarse o utilizarse para garantizar la rápida resolución de las controversias relacionadas con el cambio climático. Algunas de las características relevantes del Reglamento de Arbitraje de la CCI a este respecto son las siguientes Las partes y los tribunales arbitrales pueden adoptar ciertas técnicas de gestión de casos, por ejemplo, bifurcando el procedimiento o dictando uno o más laudos parciales sobre cuestiones científicas, técnicas u otras cuestiones especializadas clave relacionadas con el cambio climático, o identificando las cuestiones científicas, técnicas u otras cuestiones especializadas relacionadas con el cambio climático que deben decidirse únicamente sobre la base de documentos en lugar de mediante pruebas orales o argumentos jurídicos en una audiencia; Al acordar el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes pueden beneficiarse del uso del Procedimiento Acelerado de la CCI si el monto de la disputa no excede el límite de (a) 2 millones de dólares, si el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido en o después del 1 de marzo de 2017 y antes del 1 de enero de 2021, o (b) 3 millones de dólares, si el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido en o después del 1 de enero de 2021, o si las partes acuerdan otra cosa; Otras características relevantes vigentes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI incluyen (a) el arbitraje de emergencia, (b) las medidas cautelares y provisionales y, lo que es más importante, (b) otras técnicas de gestión del tiempo y de los costes, incluidas las establecidas en el Apéndice IV del Reglamento de Arbitraje de la CCI. *Vid.* S. Barona Vilar, “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17-53; J. TARIJUELO, “Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration”, *Disp. Resol. Int’l*, vol. 11, núm. 2, 2017, págs. 105-115; M. BÜHLER y M. HEITZMANN, “The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 34, nº 2, 2017, pp. 121-148.

nacionales”. Baste comprobar que el art. 21.2º del Reglamento de Arbitraje de la CCI se refiere tanto a las leyes nacionales como a los “usos comerciales” en relación con la elección de la ley aplicable. Estas invocaciones permiten a las partes en el arbitraje establecer las reglas que mejor se ajusten a las necesidades de su caso, desde el establecimiento de los tiempos para la presentación de los memoriales de las partes hasta la creación de reglas para la presentación de pruebas, la solicitud de documentos y la participación en las audiencias.

- iii) *Empleo de nuevas tecnologías.* La tecnología en el sector del arbitraje ha tenido un comienzo lento, ya que la mayoría de las audiencias de arbitraje siguen dependiendo de voluminosos paquetes de copias impresas. Aunque la tecnología se ha utilizado para ayudar en la investigación, la revisión de documentos, la presentación de pruebas, los legajos y la traducción, normalmente se limita a tareas bastante cotidianas. Hay una clara oportunidad de adoptar usos mucho más sofisticados de la tecnología, y esto ya se ha hecho en ciertos subsectores. Otros usos potenciales de la tecnología podrían incluir el uso de Blockchain para autenticar pruebas, algoritmos para procesar grandes volúmenes de datos y para calcular el precio o el quantum en controversias de gas y construcción. La tecnología también puede ayudar a mitigar los impactos ambientales del arbitraje internacional moderno, que implica copiosas cantidades de viajes, por ejemplo, optando por salas de audiencia virtuales. El uso de la tecnología debe ser acogido y no temido. Dicho esto, las oportunidades de adoptar los avances tecnológicos deben ir acompañadas de medidas para gestionar los riesgos asociados y nuevos. Deben aplicarse programas de protección de datos y gestión de riesgos de ciberseguridad, como la protección contractual, la formación del personal y las políticas de detección y análisis, la gestión y contención de las infracciones y la estrategia de relaciones públicas y resolución de conflictos¹⁰².
- iv) *Posibilidades de alcanzar un acuerdo transaccional.* Por último, la propia sustanciación de las actuaciones arbitrales propicia las posibilidades de que las partes puedan alcanzar una solución de mutuo acuerdo adelantándose al eventual laudo que debería emitir el tribunal utilizar expertos designados por las partes que pueden integrarse en el procedimiento en una fase temprana y ayudar al tribunal a centrarse y definir las cuestiones climáticas pertinentes. hay que recordar que las empresas están dispuestas a hacer tratos, no disputas, por lo que es necesario que el arbitraje desarrolle rápidamente canales de resolución atractivos que den confianza a las empresas para proceder con las transacciones sin el temor de verse envueltas en litigios largos y costosos.

2. Adaptaciones a la litigiosidad climática

A) Transparencia

28. Y estas ventajas no excluyen la posibilidad de adaptación para dar cabida a este nuevo tipo de disputas y asegurarse que sus soluciones sean lo suficientemente eficaces. Por ejemplo, mientras que la confidencialidad se ha considerado tradicionalmente como una ventaja importante del arbitraje, las disputas que implican elementos relacionados con el cambio climático podrían tener una dimensión de interés público y como tales requerir mayor transparencia¹⁰³. En efecto, un obstáculo para el empleo del

¹⁰² E. MONTOYA ZORRILLA, “Towards a Credible Future: Uses of Technology in International Commercial Arbitration”, *German Arb. J.*, vol. 16, nº 2, 2018, pp. 106-114.

¹⁰³ Para los arbitrajes de la CCI, la publicación de los laudos ha sido un obstáculo en el sector que estamos estudiando, sin embargo, si las partes se sienten incómodas con la publicación de los laudos en su totalidad, los detalles del laudo pueden ser redactados o publicados sólo en parte. Dado que la gran mayoría de los arbitrajes comerciales son confidenciales, es difícil identificar las tendencias con respecto al tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente por parte de los tribunales. El impulso global para una mayor transparencia en el arbitraje comercial puede dar lugar a una mayor publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro.

arbitraje en los litigios relativos al cambio climático aparecen con la falta de transparencia. En efecto, el arbitraje comercial es confidencial y los laudos no se publican como acontece, con carácter general, por lo tanto, la influencia de los precedentes es reducida. Las tendencias decisorias son difíciles de predecir en el arbitraje comercial dada la prevalencia de los acuerdos de confidencialidad entre las partes. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con la acción contra el cambio climático y el cumplimiento de la normativa relacionada con el medio ambiente pueden ser cada vez más comunes en el arbitraje comercial, dados los sectores industriales que tienen una fuerte preferencia por el arbitraje, como los sectores de la energía y la construcción. Acaso ciertas características del arbitraje podrían mejorarse para hacer frente a los litigios medioambientales, incluida la norma de confidencialidad y la inclusión de terceros en los litigios arbitrales. Mientras que, en general, la confidencialidad se considera un elemento esencial del arbitraje, las controversias sobre el cambio climático implican consideraciones de interés público y, por lo tanto, se argumenta que las controversias relacionadas deberían estar sujetas a obligaciones de confidencialidad menos estrictas. Es de esperar que el impulso mundial a favor de una mayor transparencia en el arbitraje comercial se traduzca en un aumento de la publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro. Esto probablemente llevaría a un mayor uso de este mecanismo.

La publicación de los laudos también podría ayudar a otros a no cometer los mismos errores que llevaron a la disputa en cuestión y conducir a la creación de clases modelo para la resolución de disputas relacionadas con el cambio climático. Sin embargo, es probable que muchas empresas se sientan incómodas con la publicación de los laudos, lo que podría disuadirlas de recurrir al arbitraje y orientarlas hacia otras formas de resolución de conflictos, por lo que será necesario encontrar un compromiso aceptable. Los postulados de privacidad y confidencialidad se originan principalmente en los fundamentos del arbitraje comercial internacional, pero también se ha trasladado en gran medida al contexto de las inversiones¹⁰⁴. Antes de profundizar en la aplicación de la confidencialidad con respecto a los litigios medioambientales, es necesario abordar el concepto del deber implícito de confidencialidad. Resulta especialmente interesante observar cómo el nivel de confidencialidad exigido en el arbitraje “comercial” difiere enormemente según los países¹⁰⁵. Asimismo, en el arbitraje comercial, los laudos arbitrales no suelen ser objeto de publicidad, y los propios procedimientos aún menos. Sin embargo, aunque se deriven de contratos comerciales, una proporción cada vez mayor de arbitrajes comerciales implican cuestiones de interés público, sobre todo cuando los Estados o las entidades estatales son partes. En consecuencia, “la distinción entre lo público y lo privado entre el arbitraje de tratados y el de contratos puede ser exagerada”, ya que este último “puede tener tanto impacto en el orden público y las finanzas del Estado como el arbitraje entre inversores y Estados”. En las disputas relacionadas con el cambio climático, es probable que haya una presión creciente para la divulgación de información incluso en el arbitraje comercial debido a las implicaciones de orden público, sobre todo cuando los miembros del público se ven directamente afectados por los impactos ambientales del cambio climático¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: “*There is a general understanding among the Members of the Investment Committee that additional transparency, in particular in relation to the publication of arbitral awards, subject to necessary safeguards for the protection of confidential business and governmental information, is desirable to enhance effectiveness and public acceptance of international investment arbitration, as well as contributing to the further development of a public body of jurisprudence. Members of the Investment Committee generally share the view that, especially insofar as proceedings raise important issues of public interest, it may also be desirable to allow third party participation, subject however to clear and specific guidelines*”. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor–State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1 [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf] Vid. C. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, 2003, pp. 121 ss; I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, nº 1, 2008, pp. 139–164.

¹⁰⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, nº 2, 2009,

¹⁰⁶ Así, el informe de la CCI señala que “*Increasing transparency of arbitral proceedings could assist in enhancing the perception of legitimacy of those proceedings with broader stakeholders, such as in investor–state dispute resolution, but also in other areas. This will be particularly so if arbitral proceedings concern broader policy issues, such as climate policy and*

29. Consideraciones muy similares pueden aportarse se intenta plantear la cuestión del “interés público” para acceder a los registros de un procedimiento, con diferentes enfoques y fundamentos en las distintas jurisdicciones. Además, aunque se pueden extraer algunas lecciones de la experiencia del arbitraje de inversiones, el hecho es que las normas actuales de todas las cámaras antes mencionadas todavía se enfrentan a desafíos cuando se trata de proporcionar información al público¹⁰⁷.

Una mayor transparencia en relación con los litigios relacionados con el cambio climático podría lograrse mediante: a) la apertura de los procedimientos al público, incluyendo la publicación de las presentaciones, las decisiones procesales y las audiencias, o b) la publicación (o incluso la publicación redactada) de los laudos.

El interés público en las controversias relacionadas con el cambio climático y la probable participación frecuente de los Estados y las entidades estatales probablemente aumentará el impulso hacia una mayor divulgación y transparencia, incluso en las controversias comerciales. El arbitraje ofrece la flexibilidad procesal necesaria para satisfacer estas demandas. La transparencia puede lograrse principalmente de dos maneras: permitiendo el acceso público a los procedimientos (incluidos los escritos, las decisiones procesales y las audiencias), y publicando los laudos (aunque estén parcialmente redactados). En caso de que las partes se muestren reticentes a dicha divulgación, se puede solicitar la orientación del tribunal para proteger la información sensible.

El impulso global para una mayor transparencia en el arbitraje comercial puede dar lugar a una mayor publicación de los laudos, lo que podría permitir a las partes interesadas seguir el tratamiento de las consideraciones relacionadas con el medio ambiente en el arbitraje comercial con mayor facilidad y atención en el futuro.

B) Participación de terceros: *amicus curiae*

30. La compleja naturaleza de los litigios sobre el cambio climático puede beneficiarse de la participación de terceros, por ejemplo, ciudadanos o poblaciones afectados. Al igual que en el caso del peritaje y la transparencia, cualquier participación de terceros en el proceso arbitral requiere el consentimiento expreso de las partes. Con las iniciativas de las ONG y el posterior apoyo de algunos Estados se han producido cambios en el proceso de arbitraje para permitir una mayor transparencia y participación de terceros en los litigios entre inversores y Estados. Hasta ahora, las reformas han sido en gran medida ad hoc, aunque parece poco probable que los futuros tribunales vayan en contra de la tendencia general en este ámbito¹⁰⁸.

associated environmental impacts”, ICC Commission Report, Resolving Climate Change..., *loc. cit.*, n° 5.69. En esta dirección el Grupo de trabajo sugiere que “*Increased transparency in relation to climate change related disputes could be achieved in two main ways: (i) opening the proceedings to the public, including in the publication of submissions, procedural decisions and hearings; and (ii) publication (or even redacted publication) of awards*”, *ibid.*, n° 5.70. Cabe retener que la CCI ya permite cierto grado de transparencia en los arbitrajes bajo su égida al publicar los nombres y las nacionalidades de los árbitros, su función dentro de un tribunal y el método de nombramiento, el sector de la industria implicado y los abogados que representan a las partes en el caso. Además, a petición de cualquiera de las partes, puede comunicar a las partes los motivos de determinadas decisiones administrativas. Por último, los laudos de la CCI a partir del 1 de enero de 2019 podrán publicarse, aunque generalmente después de al menos dos años de su notificación a las partes, sin que ninguna de ellas se oponga (ICC, “Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Realización del Arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de la ICC”, 1 de enero de 2019, párrs. 40-46 [https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf]).

¹⁰⁷ Aparte de los centros de arbitraje, también es probable que en el futuro las propias partes, especialmente las grandes empresas, quieran ofrecer más transparencia en los arbitrajes en los que participan. Los comentaristas han propuesto que las inversiones relacionadas con el medio ambiente, la sociedad y la gobernanza (ESG) podrían tener beneficios sociales, aunque pueden estar asociadas a una menor rentabilidad esperada. Sin embargo, si se utiliza junto con el marco propuesto por el Grupo de Trabajo sobre Divulgación Financiera Relacionada con el Clima (TCFD), que se centra en la divulgación de las implicaciones financieras de los riesgos y dependencias relacionadas con el clima en lugar de revelar los impactos de una empresa en el cambio climático, las posibilidades de mejorar la transparencia en los litigios relacionados con el cambio climático podrían aumentar. Por ejemplo, algunas jurisdicciones, como el Reino Unido y Brasil, ya han puesto en marcha normativas alineadas con el TCFD que entrarán en vigor el 6 de abril de 2022 y el 1 de febrero de 2023, respectivamente.

¹⁰⁸ K.S. TIENHAARA, “Third Party Participation in Investment–Environment Disputes: Recent Developments”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 16, n° 2, 2007, pp. 230–242.

Algunas de las ventajas de utilizar el arbitraje para resolver conflictos de interés público con terceros son la limitación de múltiples procedimientos al ofrecer un foro único, neutral y eficiente y la oferta por parte de un inversor de un foro arbitral para las reclamaciones de las partes interesadas potencialmente afectadas como medio para abordar la oposición local o política a un proyecto o para satisfacer ciertos requisitos legales con el fin de permitir que el proyecto siga adelante.

Las opiniones de terceros también pueden abordarse mediante la adhesión de partes adicionales o un escrito de *amicus curiae*¹⁰⁹.

Las perspectivas del arbitraje comercial para resolver este tipo de controversias relacionadas con el cambio climático pueden depender de su “aceptabilidad social”. A este respecto, el citado informe de la CCI señala que hay margen de mejora en varios aspectos. Una forma de hacerlo puede ser permitiendo cierto nivel de participación de terceros en lo que, de otro modo, es un proceso privado, por ejemplo, permitiendo que los *amicus curiae* proporcionen información a los tribunales de arbitraje¹¹⁰. Como se menciona en el Informe de la Comisión de la CC, las controversias relacionadas con el cambio climático pueden implicar asuntos de interés público que afectan a los ciudadanos o a las poblaciones. Por ello, sería útil la aplicación de un conjunto uniforme de normas que regulen su participación. En el ámbito del arbitraje comercial, los mecanismos habituales para la participación de terceros son la adhesión de partes adicionales y la consolidación de procedimientos. Todos los Centros considerados tienen disposiciones específicas sobre ambas. Sin embargo, siempre que se plantea la cuestión de la participación en el procedimiento de una parte no signataria del acuerdo de arbitraje, la respuesta se reduce al consentimiento.

31. Estos mecanismos pueden no ser la herramienta adecuada para aportar transparencia cuando se trata de litigios indirectos sobre el cambio climático. Esto se debe a que la parte que pretende intervenir puede no tener ningún interés en la demanda en sí, sino que simplemente está interesada en las implicaciones medioambientales de la disputa, tanto si éstas eran las previstas por las partes originales del procedimiento arbitral como si no.

De hecho, los informes muestran que los grupos de interés público y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) han iniciado varios litigios con el objetivo de hacer que los Estados rindan cuentas sobre los compromisos relacionados con el cambio climático. Siguiendo el mismo razonamiento, no es descabellado preguntarse si los litigios de arbitraje comercial que implican a grandes empresas son los siguientes.

Una alternativa puede residir en un mecanismo que a menudo se pasa por alto en el arbitraje comercial: la participación del *amicus curiae*. Común en el mundo del arbitraje de inversiones¹¹¹, los reglamentos sobre arbitraje comercial suelen carecer de disposiciones sobre este tema¹¹². Debido a esto, se sostiene que hay muy poca base para que un tribunal permita la participación de *amicus curiae* en un arbitraje comercial internacional sin el consentimiento de las partes. Teniendo en cuenta que en las controversias sobre el cambio climático puede haber preguntas sobre proyectos o programas de transición, mitigación y adaptación capaces de impactar en las poblaciones locales y en los ecosistemas circundantes, es importante que la comunidad arbitral desarrolle instrucciones en esta área. Esto se corrobora si se considera que las presentaciones de *amicus curiae* por sí solas, sin un acceso total al arbitraje, no son suficientes para garantizar la transparencia y la legitimidad que el asunto merece.

¹⁰⁹ Salvo acuerdo en contrario, el Reglamento de Arbitraje de la CCI permite a las partes solicitar la adhesión de otras partes (art. 7), así como presentar reclamaciones contra otras múltiples partes (art. 8) en relación con múltiples contratos (artículo 9). Alternativamente, con el acuerdo de las partes en el arbitraje, las personas que no son partes pueden ser escuchadas en un arbitraje que surja de controversias relacionadas con el cambio climático a través de una presentación de *amicus curiae*. Además, “de conformidad con el art. 25.3º Reglamento, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, adoptar medidas para permitir las presentaciones orales o escritas de los *amicus curiae* y de las partes no contendientes (CCI, “Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Realización...”, *loc. cit.*, párr. 178)

¹¹⁰ En la práctica de arbitraje de la CCI “el tribunal arbitral podrá, tras consultar con las partes, adoptar medidas para permitir la presentación de alegatos orales o escritos por *amicus curiae* y partes no contendientes” (*ibid.*, párr. 143).

¹¹¹ F.J. PASCUAL VIVES, “La institución de *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. 27, 2011, pp. 353-396.

¹¹² E. LEVINE, “*Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 29, nº 1, 2011, pp. 200-224.

La naturaleza y las consecuencias del cambio climático pueden llevar regularmente a preguntarse si se debe permitir la participación en el arbitraje de otras partes interesadas, como los ciudadanos o las poblaciones afectadas y las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales. Naturalmente, el consentimiento claro y expreso de las partes interesadas, el debido proceso y la importancia de evitar la interrupción de los procedimientos siguen siendo primordiales. En este sentido, el Informe aborda la incorporación de partes adicionales y la consolidación de procedimientos compatibles. Además, se aborda la presentación de escritos de *amicus curiae* -que no es infrecuente, por ejemplo, en el arbitraje de inversiones-.

C) Especialización

32. El arbitraje ofrece a las partes la posibilidad de designar como árbitros a expertos jurídicos, técnicos o científicos en el ámbito del cambio climático o de participar en el procedimiento como peritos.

Dentro de este proceso de adaptación se espera que los árbitros comprendan, de una vez por todas, el trasfondo de las cuestiones relacionadas con el cambio climático y conozcan el entorno normativo, judicial y de política pública del contrato objeto de la disputa. Los abogados (en general, y ciertamente en este momento) no son especialistas en la ciencia del cambio climático. Por lo tanto, tendrán que adquirir suficientes conocimientos científicos para poder entender la terminología, juzgar la exactitud y detectar el lenguaje ecologista. La comprensión científica de las cuestiones relacionadas con el cambio climático es especialmente importante cuando hay un desacuerdo entre los expertos designados por las partes, ya que los árbitros deben ser capaces de navegar con confianza por las pruebas y opiniones científicas. Y aunque los árbitros tienen amplios poderes para investigar los hechos, de modo que puedan tomar decisiones que sean correctas desde el punto de vista técnico y legal, el tiempo y el coste de llegar a la conclusión correcta deben equilibrarse con la necesidad comercial de una decisión acertada. Los árbitros que entienden las cuestiones que se debaten podrán llegar a conclusiones más rápidamente.

Una característica esencial a la hora de arbitrar controversias relacionadas con el cambio climático es la capacidad de garantizar que las partes y los tribunales dispongan de la experiencia adecuada a la hora de entender la controversia y sus técnicas específicas de resolución. Garantizar la disponibilidad de los conocimientos técnicos adecuados es, sin duda, la característica más importante del arbitraje de disputas relacionadas con el cambio climático. Esta experiencia puede ser proporcionada a través de la designación de árbitros con experiencia relevante, expertos designados por las partes, expertos designados por el tribunal y a través de la determinación de expertos. Por eso, una característica común a los arbitrajes comerciales es que, debido a la complejidad técnica de los litigios sobre el cambio climático, suelen requerir el recurso a expertos adecuados. Las instituciones arbitrales ponen remedio a esta cuestión, ya que prevén medidas para facilitar el acceso de las partes a los conocimientos de los expertos. Por ejemplo, el Reglamento de Medio Ambiente de la CPA prevé el establecimiento de una lista de árbitros con conocimientos medioambientales y una lista de expertos científicos y técnicos disponibles para su nombramiento como peritos. Las partes en una disputa pueden, pero no están obligadas a, elegir árbitros, conciliadores y peritos de estos Paneles. El Informe de la CCI de 2019 también anima a las partes a seleccionar árbitros con experiencia en cambio climático de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Además de los árbitros, las partes o un tribunal pueden nombrar peritos de la base de datos del Centro de ADR de la CCI, que incluye, entre otros, expertos en cambio climático.

Podría decirse que la característica más importante a la hora de arbitrar controversias relacionadas con el cambio climático es la capacidad de garantizar que las partes y los tribunales dispongan de la experiencia adecuada a la hora de entender la controversia y sus técnicas específicas de resolución. El Reglamento de Arbitraje de la CCI permite a las partes influir de forma decisiva en la elección de sus árbitros, especialmente en lo que se refiere a la competencia y habilidad. Cuando se trata de peritos, el Centro Internacional de ADR de la CCI realiza una búsqueda a medida en cada caso para identificar a las personas que se ajustan a los criterios particulares del caso. Además, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CCI y de la práctica de resolución de disputas, existen varias características adicionales -como el uso de cláusulas de resolución de disputas escalonadas con el fin de resolver la disputa antes de que se

inicie un arbitraje; el arbitraje de emergencia; las medidas cautelares y provisionales; y otras técnicas de gestión de tiempo y costes- que pueden utilizarse en función de las necesidades particulares de su caso.

Dado el carácter técnico de muchos litigios medioambientales, la posibilidad de designar árbitros y expertos con los conocimientos pertinentes hace que el foro sea especialmente atractivo. Además, la capacidad de agilizar los procedimientos y de aplicar medidas cautelares y provisionales lo convierte en un foro adecuado para la resolución de litigios relacionados con el cambio climático, especialmente los que implican daños potencialmente irreversibles para el medio ambiente. En efecto, no todos los arbitrajes relacionados con el cambio climático funcionan, o funcionarán, como un “escudo” contra la acción climática. Es evidente que estos procedimientos pueden servir de facto, intencionadamente o no, como “espada” para la acción climática, es decir, para forzar o inducir la adopción o el refuerzo de medidas medioambientales. En estos litigios relacionados con el cambio climático, los demandantes pueden solicitar medidas cautelares y compensatorias¹¹³

El Informe de la CCI recomienda que la Corte de Arbitraje de la CCI mantenga una lista formal de peritos, en línea con la práctica de la Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”). A partir de julio de 2018, el Reglamento de Medio Ambiente de la CPA proporciona una lista de 25 árbitros ambientales especializados y 17 expertos ambientales técnicos y científicos. En la actualidad, la Corte de Arbitraje de la CCI solo mantiene una base de datos abierta de peritos en diferentes áreas, por ejemplo, contabilidad, finanzas, ingeniería, tecnología de la información, construcción y energía.

D) Gestión de los costes

33. Los litigios relacionados con el cambio climático y el medio ambiente pueden implicar a partes con poco o ningún acceso a recursos económicos para financiar un procedimiento judicial prolongado y complejo, y señala que las normas de arbitraje suelen ofrecer suficiente latitud y flexibilidad para que las partes puedan sortear las dificultades de financiación a las que pueden enfrentarse. Por ejemplo, los anticipos pueden ser cubiertos por una sola de las partes en el arbitraje y el tribunal puede fijar dichos costes y asignarlos, teniendo en cuenta los rasgos específicos de la disputa y la conducta y posición de las partes. Aunque redactadas de forma diferente, las directrices sobre gastos admisibles adoptadas por muchas otras instituciones arbitrales están redactadas de forma que sugieren que los costes de compensación de carbono podrían ser recuperables. A modo de ejemplo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Junta de Arbitraje Comercial de Corea y la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de China prevén el reembolso de los costes o gastos razonables en los que se haya incurrido, lo que podría incluir los costes de compensación de carbono. Otras instituciones utilizan una redacción ligeramente más restrictiva, que podría interpretarse como la exclusión del reembolso de los costes de compensación de carbono, en particular cuando las directrices institucionales pertinentes se refieren a los costes “reales” o “necesarios” de los viajes de los árbitros.

Para evitar que muchas reclamaciones legítimas no se llevan a cabo, o se resuelven por menos de su valor, debido a las prioridades de inversión financiera de la parte reclamante, el arbitraje vinculado al cambio climático requiere un completo capítulo en acerca de de la financiación de terceros (TPF)¹¹⁴, pues estos litigios implican volúmenes considerables de pruebas, tanto en forma de documentos como de informes de expertos, y por ello tienden a desarrollarse durante un tiempo considerable.

V. El arbitraje como foro adecuado para la consecución de la justicia climática

34. El cambio climático es una realidad que ya no puede ser ignorada pues amenaza la paz mundial, la seguridad internacional y la soberanía territorial, pero los múltiples acuerdos medioambientales

¹¹³ P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes...”, *loc. cit.*, pp. 464-480

¹¹⁴ P. McDONALD, “Third party funding of climate change arbitration”, *PinsentMasons, Out-law / your daily need-to-know*, 5 abril 2022 [< <https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/third-party-funding-climate-change-arbitration>>].

suscritos por los Estados, no son suficientes para hacer frente a este preocupante fenómeno, por eso es necesario acudir a las diversas manifestaciones de la “justicia climática”, que llevan practicándose en los últimos años. Dicha justicia climática se encuentra por el momento en una fase iniciática y los tribunales estatales no son siempre capaces de suministrar una resolución óptima a los litigios, pero no puede ignorarse que los jueces nacionales están, en general, adaptando con éxito su función tradicional de administración de justicia a los nuevos retos que plantean este tipo de litigios fallando en ocasiones en contra de sus propios gobiernos en aplicación de sus principios.

Indudablemente esta particular manifestación de la conflictividad internacional continuará instigando, influyendo y fortaleciendo el diálogo para obligar a la sociedad civil, a las entidades privadas y, lo que es más importante, a los actores políticos a tomar medidas climáticas significativas¹¹⁵. No obstante, para alcanzar un enfoque adecuado, la crisis climática exige soluciones creativas y no excesivamente complejas se precisan no sólo prácticas respetuosas con el clima, sino que permitan el mantenimiento del papel esencial del arbitraje en la resolución de controversias ahorrando tiempo y dinero a los usuarios¹¹⁶. Más allá de las reclamaciones por daños y perjuicios¹¹⁷, los litigios relacionados con el cambio climático han evolucionado configurando una nueva y diversa categoría de acciones relacionadas directamente con este fenómeno donde las empresas y los gobiernos se enfrentan ahora a decisiones inesperadas con graves implicaciones en las operaciones comerciales, ya que los tribunales siguen ampliando su papel para facilitar el cambio normativo

Dentro de esta nueva categoría, el recurso a las jurisdicciones nacionales sigue resultando insuficiente. Situaciones como aquellas en las que una multiplicidad de víctimas buscan reparación de una pluralidad de demandados, cuando complejas cuestiones científicas, financieras o jurídicas transfronterizas requieren conocimientos especializados transnacionales, o cuando la ejecución de la decisión tendrá lugar en otra jurisdicción o en jurisdicciones distintas a la del foro, por poner sólo algunos ejemplos, pueden recibir mejor respuesta en el arbitraje que la jurisdicción.

Semejante limitación conduce a que los tribunales de arbitraje desempeñen un papel cada vez más importante en la resolución de litigios relacionados con el cambio climático. No sólo proporcionan un foro neutral para las partes implicadas, sino que también les permiten aportar la experiencia necesaria a los procedimientos y diseñarlos de una manera especialmente adaptada a sus necesidades y a los requisitos de los litigios relacionados con el cambio climático. A medida que el mundo evoluciona, el arbitraje se adapta a las necesidades y desarrollos de los mercados emergentes cada día son más las oportunidades de crecimiento en esta área¹¹⁸. El arbitraje sirve como un método alternativo de resolución de disputas que une conceptos opuestos y ayuda a desarrollar nuevas industrias. Aunque los tribunales

¹¹⁵ L. ELBOROUGH, “International climate change litigation: Limitations and possibilities for international adjudication and arbitration in addressing the challenge of climate change”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 21, 2017, pp. 89–131

¹¹⁶ S. WILSKE y Z. BANK, “Is There an (Emerging) Ethical Rule in International Arbitration to Strive for More Climate Friendly Proceedings?”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 14, nº 2, 2021, pp. 155–184.

¹¹⁷ Resulta frecuente en los arbitrajes relacionados con el cambio climático la aparición de cuestiones relacionadas con el quantum, incluso con respecto a la base de valor adecuada, la proximidad, la previsibilidad y los esfuerzos de mitigación. La base de valor más común en el arbitraje es el valor de mercado (o valor justo de mercado): la cantidad monetaria esperada por la que un comprador y un vendedor dispuestos y con el conocimiento adecuado intercambiarían libremente en una transacción en condiciones de igualdad. Puede darse el caso de un riesgo diversificable existe en el caso de un activo físico situado en una zona costera baja se enfrenta a una amenaza material de subida del nivel del mar e inundaciones. En tal caso lo más apropiado sería incorporar estos riesgos a la tasa de descuento, tal vez a través de las primas de riesgo de las acciones o del país o de otros componentes de la tasa de descuento. *Vid.* A. DE BOSSART, “Initial Views on Approaches to Quantum in Climate Change-Related Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 13 octubre 2020

¹¹⁸ La práctica demuestra la existencia de casos que han tenido graves repercusiones sobre terceros fuera del ámbito del acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, en el Caso CCI nº 14.297 ICC Case No. 14297. J.-J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards 2008 – 2011*, Kluwer Law, International (2013), pp. 879–884, el tribunal arbitral consideró que un proveedor de servicios de ingeniería medioambiental, encargado de ayudar a una empresa metalúrgica prestándole servicios destinados a desarrollar medidas de protección del medio ambiente y a mejorar su eficiencia energética, podía solicitar una indemnización por una supuesta rescisión abusiva de su contrato. Del mismo modo, los árbitros del Caso CCI nº 12.727 de la CCI condenaron a una empresa encargada de la descontaminación de un lugar contaminado por no haber garantizado el cese de las emisiones de gas de vertedero en ese lugar. *Vid.* P. THIEFFRY, “International Arbitration of Climate-Related Disputes”, *loc. cit.*, p. 470.

arbitrales no pueden obligar a los gobiernos o los actores del mercado a actuar de una manera particular, contribuyen al proceso ejerciendo una presión sustancial al responsabilizar financieramente a los actores cuando no cumplen con sus obligaciones.

35. El arbitraje, en efecto, está ocupando una posición privilegiada para promover intereses legítimos en la mitigación del cambio climático y se encuentra en una posición única para adaptarse, lo que incluye permitir la elección y aplicación de leyes aplicables específicas, incluidos los instrumentos sobre el cambio climático, y la elección y el nombramiento de árbitros y expertos con experiencia científica y en la materia. A medida que aumentan las controversias relacionadas con la energía, la construcción o uso de la tierra, han quedado afectados varios aspectos del “mercado” del arbitraje, pero éstos se van acodando por lo general de manera satisfactoria. Concretamente el arbitraje internacional es una herramienta que puede desempeñar un papel fundamental a la hora de ayudar a conseguir, o incluso obstaculizar, la consecución de los objetivos de mitigación, adaptación y resiliencia al cambio climático a nivel mundial, así como su financiación, de acuerdo con los objetivos del Acuerdo de París de 2015. Conviene por ello prestar atención al papel que debe desempeñar el arbitraje respecto los operadores del arbitraje en la configuración y adaptación del Derecho internacional para responder a la crisis climática¹¹⁹.

El objetivo del mecanismo arbitral en alternancia con otros ADR, pues su empleo puede ser más eficaz cuando se combina con otros métodos de resolución de conflictos no judiciales, como la mediación¹²⁰, es desarrollar la capacidad de considerar seriamente las cuestiones de interés público y las preocupaciones medioambientales que a menudo están en juego, al tiempo que se resuelven con justicia las reclamaciones de los inversores perjudicados por la acción del Estado. Se trata de considerar la posible obligación ética emergente en el arbitraje internacional de esforzarse por conseguir procedimientos más respetuosos con el clima.

A medida que las recientes catástrofes provocadas por el cambio climático en todo el mundo se ha hecho evidente que el cambio climático es un problema grave que debe abordarse ahora y que no puede demorarse. Teniendo esto en cuenta deberá prestarse atención a si existe una obligación ética emergente en el arbitraje internacional para contar con procedimientos más respetuosos con el clima y esbozar su contenido.

Las controversias sobre el cambio climático son ya una realidad correspondiendo a la comunidad arbitral la responsabilidad de acomodarlas adecuadamente pues, la crisis del cambio climático exige a la comunidad del arbitraje internacional que cambie su forma de actuar y arbitre de una manera mucho más respetuosa con el medio ambiente. El creciente interés público en relación con la protección del medio ambiente ha dado lugar a la proliferación de leyes, reglamentos y tratados destinados a hacer frente a las amenazas al medio ambiente. Como resultado, podemos esperar que el arbitraje sobre el cambio climático siga creciendo paralelamente en el marco comercial y de inversiones. Será interesante comprobar cómo la práctica del arbitraje sigue respondiendo a esta área de crecimiento pues una parte considerable de los procedimientos arbitrales actuales procede de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero poniendo en cuestión si las normas institucionales de arbitraje están bien construidas para tratar ese tipo de casos.

36. Debe descartarse la identificación del arbitraje comercial en el contexto del cambio climático con el arbitraje de protección de inversiones, pues el primero también tiene un papel muy importante que desempeñar. Baste atender a que una parte considerable de los procedimientos arbitrales actuales procede de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Presentan, sin embargo, una nota común, que en su origen no fueron concebidos como un instrumento para la protección del medio ambiente u otros intereses generales o públicos, sino que fueron acomodándose a dicha protección. Las perspectivas del arbitraje comercial para resolver disputas relacionadas con el cambio climático pueden

¹¹⁹ L. GREENWOOD, “The Canary Is Dead: Arbitration and Climate Change”, *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021, pp. 309–326.

¹²⁰ A. SPAIN, “Beyond Adjudication: Resolving International Resource Disputes...”, *loc. cit.*, pp. 343–390.

depender de su “aceptabilidad social”, y las instituciones arbitrales han intentado mejorar la percepción pública de su trabajo permitiendo cierto nivel de participación de terceros en lo que, de otro modo, es un proceso privado, por ejemplo, a través de *amicus curiae* para proporcionar información a los tribunales arbitrales o aumentando la transparencia de los procedimientos arbitrales o abriéndolos al público, incluso en la publicación de presentaciones, decisiones procesales, audiencias y laudos.

El arbitraje comercial internacional está en una posición única para responder a la naturaleza transfronteriza del cambio climático¹²¹. Su flexibilidad intrínseca, su carácter innovador, su capacidad para tratar cuestiones complejas y transfronterizas y la posibilidad de elegir a un árbitro neutral en función de sus conocimientos especializados otorgan al arbitraje comercial una importante ventaja sobre los litigios judiciales. Sin embargo, algunas de sus características, que se consideran bienvenidas y deseadas en diferentes contextos, crean importantes desafíos para lograr la justicia climática. Por lo tanto, será necesario innovar en este ámbito para que el arbitraje comercial se convierta en una opción atractiva para resolver las controversias relacionadas con el cambio climático entre empresas. La comunidad del arbitraje debe tratar de encontrar formas constructivas en las que el arbitraje comercial pueda innovarse a sí mismo para que pueda complementar otros métodos de resolución de controversias tradicionalmente utilizados para las controversias sobre el cambio climático. Por último, las controversias sobre el cambio climático suelen requerir conocimientos técnicos, pero las instituciones arbitrales adoptan una postura activa para resolver este problema.

Dado que todas las controversias sobre el cambio climático pueden ser de interés público, es aconsejable que las partes acuerden expresamente qué información debe ser confidencial y cuál no. Ello requeriría una visión diferente de este postulado. Pero a través de un esfuerzo consciente centrado en compartir los hechos y el razonamiento –sin descubrir la identidad de las partes– el arbitraje internacional también podría contribuir a crear un impulso en apoyo de la acción contra el cambio climático. En esta dirección las partes tendrían que estar dispuestas a hacer algunas concesiones poniendo a disposición del público cierta información y permitiendo, cuando sea posible, la participación de personas que no sean parte en el procedimiento. Con el análisis anterior, el arbitraje sigue siendo adecuado para la resolución de controversias sobre el cambio climático siempre que se realicen los ajustes oportunos. Y quedan al menos dos áreas en las que se pueden hacer mejoras significativas, a saber, la transparencia y la participación de *amicus curiae*.

¹²¹ L. BIZIKOVA, “On Route to Climate Justice: The Greta Effect on International Commercial Arbitration”, *Journ. Int'l Arb.*, vol. 39, n° 1, 2022, pp. 79-116.

La imposición de derechos compensatorios en el marco de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio: cuestiones de especial interés sobre la especificidad *de jure* ante las subvenciones europeas en materia agrícola

The imposition of Countervailing Duties in the Framework of the Agreements of the World Trade Organization: Issues of Special Interest on the *de jure* Specificity in front of European Subsidies in Agricultural Matters

DAVID GARCÍA GUERRERO

Investigador Postdoctoral en la Universidad “Parthenope” de Nápoles

ORCID ID: 0000-0002-0300-4360

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7192

Resumen: Los miembros de la Organización Mundial del Comercio pueden establecer derechos compensatorios ante productos que se importen en su territorio que hayan sido objeto de subvenciones específicas y hayan causado un daño a una rama de producción nacional. Estos tributos se enmarcan en el Derecho Internacional Tributario y su disciplina, especialmente compleja, no ha sido tratada en profundidad por parte de la doctrina tributaria en comparación con otras cuestiones de fiscalidad internacional. Por ello, se propone un análisis de ciertos elementos que sirven para determinar la existencia o la ausencia de la especificidad *de jure* de las subvenciones de la Política Agraria Común de la Unión Europea, en cuanto factor clave para imponer derechos compensatorios, partiendo de una necesaria contextualización de la materia aduanera dentro del Derecho Internacional Tributario.

Palabras clave: Derechos compensatorios, subvenciones agrícolas, Unión Europea, Organización Mundial del Comercio, Política Agraria Común (PAC).

Abstract: World Trade Organization Members may establish countervailing duties on products imported into their territory that have been the subject of specific subsidies and have caused injury to a domestic industry. These taxes are framed in International Tax Law. Countervailing duties is especially complex and has not been treated in depth by the tax doctrine compared to other issues of international taxation. For this reason, an analysis of certain elements that serve to determine the existence or absence of the *de jure* specificity of the subsidies of the Common Agricultural Policy of the European Union is proposed. It is a key factor in imposing countervailing duties. However, it should start from a necessary contextualization of customs matters within International Tax Law.

Keywords: Countervailing duties, subsidies in agricultural matters, European Union, World Trade Organization, Common Agricultural Policy (CAP)

Sumario: I. Consideraciones iniciales dogmáticas: Derecho Internacional Tributario y la materia aduanera. II. El rol fundamental de la Organización Mundial del Comercio en la facilitación del tráfico internacional de mercancías. III. Derechos compensatorios y los programas de subvenciones agrarias a la luz de los Acuerdos de la OMC. 1. Premisas previas: noción de “derechos compensatorios”. 2. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y las subvenciones agrarias. IV. Cuestiones problemáticas actuales sobre la posible especificidad de jure de subvenciones enmarcadas en la Política Agraria Común de la Unión Europea. 1. Importancia de la especificidad de una subvención y sistematización de la especificidad de jure. 2. Normativa en sede de asignación y valoración de los derechos del Régimen de Pago Básico – Pago Directo. 3. La verdadera función desempeñada por la denominada “tasa o coeficiente regional”. 4. Derechos del Régimen de Pago Único. 5. Asistencia en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. 6. Recapitulación: inexistencia de especificidad de jure. V. Reflexiones finales.

I. Consideraciones iniciales dogmáticas: Derecho Internacional Tributario y la materia aduanera

1. Si partimos de que en el comercio internacional de mercancías reinan, como norma general, el principio de trato general de Nación más favorecida y el principio de trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores¹, ¿puede un Estado aplicar medidas que tuviesen la potencialidad de alterar el normal tráfico de mercancías con terceros países y territorios? En particular, nuestra preocupación se centra en las medidas compensatorias de naturaleza tributaria como son los derechos compensatorios, que siguen constituyendo un problema actual y, además, no han sido abordados por la doctrina tributaria española con la misma profundidad que otras cuestiones de Derecho Internacional Tributario.

2. Para llevar a cabo este estudio, se debería comenzar con un encuadre sistemático de la cuestión, debiendo entender la situación actual de la rama del Derecho en que nos moveríamos, pasando a analizar, con carácter genérico, la relevancia de la Organización Mundial del Comercio², hasta abordar, finalmente, algunas de las cuestiones problemáticas que se retienen más relevantes de cara al comercio internacional de mercancías, poniendo el enfoque en las medidas compensatorias de carácter fiscal en el Derecho Internacional que pudieren imponerse ante programas de subvenciones en materia agrícola y su encaje legal.

3. Se pretende analizar ciertos elementos que han sido estudiados recientemente por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ante la imposición de derechos compensatorios a productos que, en teoría, habían sido subvencionados por programas comunitarios agrícolas enmarcados en la Política Agraria Común. En particular, nos es de gran interés aquellas cuestiones que la Unión Europea demostró acerca de la incompatibilidad de la determinación de la especificidad *de jure* formulada por la contraparte en sede del conflicto que se creó cuando Estados Unidos impuso derechos compensatorios -y también derechos *antidumping*- a las aceitunas negras que se exportaban desde la Unión Europea (siendo el Estado de origen España) hacia este país del continente americano. No se pretende, pues, realizar un estudio del caso en sí, sino tratar de analizar la relevancia de la determinación de la especificidad *de jure* para establecer derechos compensatorios por parte de un miembro de la OMC. El objetivo no es otro, pues, que realizar un necesario análisis doctrinal de este elemento fundamental para la imposición de derechos compensatorios por parte de los Acuerdos de la OMC.

4. Pues bien, TESAURO afirmaba que las fuentes del Derecho Internacional Tributario eran, fundamentalmente, los acuerdos y tratados firmados entre Estados en materia fiscal y también, como parte de la doctrina señala, por las costumbres³. LÓPEZ ESPADAFOR recuerda que otra fuente fundamental

¹ F. VISMARA, *Corso di Diritto doganale. Diritto dell'Unione Europea e Diritto interno*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018, pp. 24-25.

² En adelante, OMC.

³ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. 2. Parte speciale*, 12ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2019, pp. 393-394.

cuando se examina el Derecho Internacional Tributario es el Derecho de la Unión Europea con trascendencia tributaria⁴.

5. Ambos profesores inciden en la diferencia entre el Derecho Internacional Tributario y el Derecho Tributario Internacional, estando formado el primero por normas internacionales y el segundo por normas internas o domésticas⁵. Esta distinción nos resulta de especial interés de cara al estudio de la temática objeto de este artículo.

6. Por su parte, SAINZ DE BUJANDA, en una de las obras de referencia para cualquier estudioso del Derecho Financiero y Tributario, *Hacienda y Derecho*, definió “Derecho fiscal internacional” como “la aplicación de principios objetivos del Derecho de gentes a relaciones internacionales relativas al pago de impuestos”. Ahora bien, este Profesor era plenamente consciente de que no existía una concepción unánime del término, si bien no se centró en la dicotomía Derecho Internacional Tributario *versus* Derecho Tributario Internacional, sino en el contraste entre las dos tendencias doctrinales que observó en el momento: “Mientras unos autores destacan la función limitativa de la soberanía estatal, que se cumple a través de las normas del Derecho fiscal internacional, otros piensan que este Derecho tiene precisamente como cometido concreto e inexcusable la consagración positiva de los principios que robustecen la potestad del Estado”. De estas dos posiciones doctrinales, encuadraba en la primera a BLUMENSTEIN y UDINA, mientras que subsumía en la segunda a SAMPAY⁶. Dicho lo anterior, también encontramos otros autores que no atienden a la fuente de producción científica, es decir, si ésta es internacional o nacional, sino que se basan en el objeto de esta parcela del Ordenamiento jurídico, como es el caso de FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA, quienes usan el *nomen* “Derecho Fiscal Internacional”⁷.

7. ¿Qué lugar ocupa, entonces, la materia aduanera en el Derecho Internacional Tributario? En primer lugar, sería interesante partir de la definición que otorga, oficialmente, la Organización Mundial de Aduanas⁸ a “Derecho Aduanero”, entendiéndolo a éste como el conjunto de disposiciones de rango legal y reglamentario relacionadas con la importación, exportación, tránsito, depósito de mercancías, administración y lucha contra aquellas materias cuya competencia recaiga sobre las aduanas, así como aquellas disposiciones que se dicten por parte de las autoridades aduaneras en el marco de sus competencias⁹.

8. Tradicionalmente, las aduanas han tenido una función eminentemente fiscal en relación a los tributos aduaneros. Sin embargo, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, han adquirido, además, la función de seguridad y protección de la sociedad¹⁰. De igual forma, podemos definir, en consecuencia, el Derecho Aduanero como aquella rama del Ordenamiento jurídico que aborda el funcionamiento de las aduanas y la disciplina de los tributos que aplica. Creemos que es importante remarcar, dentro de la definición, la naturaleza fiscal de parte de las normas que regula.

9. Por lo tanto, aquellas normas del Derecho Aduanero con incidencia fiscal que sean internacionales se encuadrarán en el Derecho Internacional Tributario, mientras que la incorporación de éstas a los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados formará parte del Derecho Tributario Internacional.

⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Trends and sources of international taxation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019, p. 442.

⁵ En este sentido, *vid.* F. TESAURO, *ob. cit.*, pp. 393-394; y C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, 2018, p. 311.

⁶ F. SAINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 470-471.

⁷ R. FALCÓN Y TELLA y E. PULIDO GUERRA, *Derecho Fiscal Internacional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 11-12.

⁸ En adelante, OMA.

⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS, “Glossary Of International Customs Terms”, 2018, p. 11. Disponible online en: <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/glossary-of-international-customs-terms/glossary-of-international-customs-terms.pdf>

¹⁰ M. P. JURADO BORRERO, “La Aduana del siglo XXI”, en J. A. SOLÉ ESTALELLA (Coord.), *El Código Aduanero de la Unión y su normativa de desarrollo*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1-6.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los acuerdos y los actos que suscriben o emanan, respectivamente, de organizaciones internacionales, como es el caso de la Unión Europea? Pues, siguiendo al Profesor LÓPEZ ESPADAFOR, según lo afirmado *supra*, una de las formas de contemplar el Derecho Internacional Tributario es a través de los acuerdos y actos de la Unión Europea que tienen naturaleza tributaria, subsumiéndose, por ende, en el Derecho Internacional Tributario. De igual manera recuerda FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ que, dado que se ha distinguido tradicionalmente entre “Derecho Internacional” y “Derecho interno”, el Ordenamiento jurídico comunitario quedaría integrado dentro del Derecho Internacional en tanto en cuanto es un conjunto de normas que regulan un ente supranacional¹¹. Ahora bien, es de justicia subrayar que la Unión es una organización internacional con vocación de integración que ha ido adquiriendo, paulatinamente, más competencias¹², llegando a ostentar una estructura que asemejaría a aquélla de la que está provista un Estado y, además, está regulada por un Derecho propio, autónomo e independiente¹³.

10. UCKMAR afirma que la fiscalidad internacional ha sufrido una evolución significativa no solamente por los cambios de los Ordenamientos jurídicos internos, sino por las características del comercio internacional en el que, si bien hace más de un siglo prevalecían los intercambios de materias primas, en la actualidad asistimos ante el fenómeno de la globalización¹⁴. Efectivamente, como bien señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, este proceso económico ha transformado de forma radical el modo en que operan las empresas hoy en día, encontrándonos ante un mercado único gigante que se identificaría directamente con el planeta Tierra en su conjunto¹⁵.

II. El rol fundamental de la Organización Mundial del Comercio en la facilitación del tráfico internacional de mercancías

11. Permítasenos realizar una introducción histórica que consideramos necesaria para entender el motivo por el que la OMC trata de contribuir de manera activa en que existan menos trabas en el comercio internacional. Así, el proteccionismo económico que imperaba antes del estallido de la II Guerra Mundial podría ser considerado una de las causas de este conflicto bélico. En consecuencia, un grupo de Estados tomaron la determinación de negociar para cambiar a una política liberalizadora en sede del tráfico internacional de mercancías. El resultado de estas negociaciones fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio¹⁶, que se firmó en 1947 y entró en vigor un año más tarde, en 1948, que podía ser calificado como una organización informal¹⁷.

12. Efectivamente, el GATT de 1948 estaba conformado por una estructura institucional mínima. Se podrían resumir en tres sus pilares fundamentales: el primero es la reducción y la consolidación de los tributos aduaneros; el segundo es la reducción de cualquier elemento que constituya una barrera al comercio internacional; y, en último lugar, estaría la supresión de todo tratamiento que tenga carácter discriminatorio. Ha ido funcionando mediante la celebración de las llamadas “Rondas”¹⁸.

¹¹ C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “A modo de introducción”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), *Nociones básicas de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 19 y ss.

¹² M. IGLESIAS BERLANGA, “Tema 4. Competencias”, en V. M. SÁNCHEZ (Dir.), *Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Huygens, Barcelona, 2017, pp. 37-38.

¹³ Sobre la tutela del contribuyente en el Derecho de la Unión Europea, *vid.* L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

¹⁴ V. UCKMAR, “Introduzione”, en V. UCKMAR (Coord.), *Diritto Tributario Internazionale. Manuale*, CEDAM, Padua, 2010, p. XVII.

¹⁵ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 66.

¹⁶ En adelante, GATT -siglas en inglés de “General Agreement on Tariffs and Trade”-.

¹⁷ R. FALCÓN y TELLA y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, p. 22.

¹⁸ C. ESPLUGUES MOTA, “Estructura institucional del comercio internacional”, en C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 44-45.

13. El Acta de Marrakech de 1994 -Ronda de Uruguay- tuvo como consecuencia principal el nacimiento de la OMC en 1995 para sustituir al GATT de 1948 desde el punto de vista estructural, en cuanto organización. ¿Qué supuso, entonces, el Acta de Marrakech de 1994 para el GATT? Simplemente, como se indicaba, dejó de ser una organización informal que dio paso, gracias al citado Acuerdo, al nacimiento de la OMC, si bien continuó su existencia como un tratado general, que ha seguido siendo modificado y completado por el mecanismo de la celebración de Rondas. De ahí que se denomine “GATT de 1994”. Ahora bien, llegados a este punto sería interesante traer a colación dos posiciones doctrinales sobre la relación entre el GATT de 1948 y el GATT de 1994: por una parte, FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA subrayan que el GATT de 1994 no se trata de una refundición del GATT de 1948, sino que este último es el Acuerdo inicial que contiene todas aquellas modificaciones aprobadas en las Rondas posteriores hasta llegar a la Ronda de Uruguay, sin incluir a esta Ronda, ya que sería el GATT de 1994 el Acuerdo que incluiría las modificaciones efectuadas en la citada Ronda de Uruguay¹⁹; de otro lado, FABIO afirma que el GATT de 1994 engloba el GATT de 1948, todas las modificaciones efectuadas y todos los instrumentos adoptados hasta el año 1994²⁰. Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo II.4 del Acta de Marrakech de 1994 estipula que el GATT de 1948 y el GATT de 1994 son dos Acuerdos distintos desde el punto de vista jurídico; tal es así que el GATT de 1994 constituye el Anexo 1A del Acta de Marrakech y, además, se establece en el primer punto del GATT de 1994 se encontrará en éste incluido todo aquello que esté dispuesto en el GATT de 1948²¹.

14. Así las cosas, la OMC, integrada en la actualidad por 164 miembros²², ostenta personalidad jurídica propia, asemejándose a organismos como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Central Europeo²³. De los órganos institucionales que componen la OMC, merecería ser destacados, bajo la óptica del interés de este estudio, el Órgano de Solución de Diferencias, que es el Consejo General -otro de los **órganos** institucionales- revestido de una forma diversa, el cual estaría compuesto por el conjunto de miembros de la OMC.

15. Desde el punto de vista de la tipología de actos que dicta la citada organización, se habrían de destacar los acuerdos y tratados adoptados entre los miembros de la OMC, los cuales han contribuido a asentar las bases del tráfico internacional de mercancías, tal y como se adelantaba *supra*²⁴.

16. Además, la OMC colabora de forma activa con otra organización fundamental en materia aduanera como es la OMA, que cuenta con un total de 183 miembros, autoerigiéndose en la voz de lo que se ha llamado “comunidad aduanera internacional”. La OMA tiene como finalidad la uniformización y la simplificación de los procedimientos aduaneros a través de normas y estándares comunes. Pues bien, la colaboración OMC-OMA de la que se hablaba se centra en numerosos ámbitos, pudiendo poner como ejemplos la facilitación del comercio, la asistencia técnica en sede de valoración en aduana o las normas de origen, entre otros²⁵.

17. Serían tres los Acuerdos imprescindibles que se habrían de señalar en materia de establecimiento de derechos compensatorios de la OMC: primero, el ya mencionado GATT de 1994; después, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias -Acuerdo de la Ronda de Uruguay-; y, por último, Acuerdo sobre la Agricultura -se enmarca, igualmente, en la Ronda de Uruguay-. Los preceptos que resultan de interés se irán analizando en el apartado siguiente con el estudio de las distintas cuestiones problemáticas muy recientes que han planteado los programas de subvenciones en materia agrícola de la Unión Europea ante la OMC.

¹⁹ R. FALCÓN Y TELLA y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, p. 24.

²⁰ M. FABIO, *Manuale di diritto e pratica doganale*, VI ed., Wolters Kluwer, Milán, 2017, p. 4.

²¹ Los Acuerdos de la Ronda de Uruguay están disponibles en la web oficial de la OMC: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm

²² Página web oficial de la OMC. Disponible en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

²³ M. FABIO, *ob. cit.*, p. 5.

²⁴ R. FALCÓN Y TELLA y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, pp. 24-25.

²⁵ Página web oficial de la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/wto_wco_s.htm

III. Derechos compensatorios y los programas de subvenciones agrarias a la luz de los Acuerdos de la OMC

1. Premisas previas: noción de “derechos compensatorios”

18. Dado que, tradicionalmente, se ha venido definiendo un tributo desde el punto de vista de su objeto material²⁶ y/o de su hecho imponible²⁷, defendemos que podría englobarse bajo la categoría genérica de “tributo aduanero” todo aquél que gravare el comercio de mercancías en el plano internacional, sometiendo a imposición la entrada y la salida de toda mercancía de un determinado territorio²⁸. Como se procede a corroborar, los derechos compensatorios serían *species* del *genus* que constituyen los tributos aduaneros.

19. El concepto de “derecho compensatorio” viene establecido por el apartado 3 del artículo VI del GATT de 1994, siendo un “derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto”. Ahora bien, ¿cuál debería ser el importe de un derecho compensatorio ante una mercancía subvencionada según el tenor del texto que se acaba de exponer? Pues se establece en este mismo apartado del GATT de 1994 un límite máximo al *quantum* de un derecho compensatorio, no pudiendo superar la cantidad de prima o subvención percibida para fabricar, producir o exportar el producto en el Estado o territorio de origen o de exportación, debiendo incluirse, igualmente, todo tipo de subvención especial para su transporte. En consecuencia, es primordial la delimitación de la noción de “subvención” y de “especificidad”, que se realizará a continuación en el estudio de la estructura del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

2. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y las subvenciones agrarias

20. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias regula, de un lado, la disciplina para la concesión de subvenciones y, de otro lado, la aplicación de medidas compensatorias que tienen como objeto la neutralización del caño causado por parte de los productos importados que hayan sido subvencionados.

21. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias está estructurado tal y como sigue: la Parte I establece el ámbito de aplicación de este Acuerdo, restringiéndolo no a cualquier tipo de subvenciones, sino a aquellas específicas; las Partes II y III se encargan de clasificar las subvenciones específicas en subvenciones prohibidas y subvenciones recurribles, asignando para cada una de estas dos categorías un conjunto de normas y procedimientos -además, estuvo en vigor hasta el 1 de enero de 2000 una tercera categoría, las subvenciones no recurribles, que constituían la Parte IV-; la Parte V engloba una serie de normas sustantivas y procedimentales para cada una de las dos categorías -prohibidas y recurribles- que legitiman la imposición de medidas compensatorias -véase, derechos compensatorios-; la Parte VI asienta las bases de la estructura institucional; la Parte VII regula la notificación y la vigilancia; la Parte VIII hace referencia a los países en desarrollo mediante la fijación de una serie de normas sobre trato especial y diferenciado; en la Parte IX encontramos un régimen transitorio; la Parte X está

²⁶ J. J. FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho Financiero español*, 16ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 358-360.

²⁷ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 160; M. BEGHIN, *Diritto tributario*, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2017, p. 738; F. M. CARRASCO GONZÁLEZ, “Los derechos de aduanas”, F. PÉREZ ROYO (Dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 1023; J. MARTÍN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, J. M. TEJERIZO LÓPEZ, G. CASADO OLLERO y G. ORÓN MORATAL, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 32ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, pp. 867-868; y S. IBÁÑEZ MARSILLA, “Impuestos arancelarios”, J. MARTÍN QUERALT, J. M. TEJERIZO LÓPEZ y J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ (Dir.), *Manual de Derecho Tributario*, 16ª ed., Thomson Reuters, Madrid, 2019, p. 2 (versión online).

²⁸ D. GARCÍA GUERRERO, *Régimen fiscal y cooperación en materia aduanera en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 133.

compuesta por el conjunto de reglas que regulan la solución de diferencias; y, por último, la Parte XI establece las disposiciones finales.

22. Así, como se decía, este Acuerdo de la OMC no es de aplicación a cualquier tipo de subvenciones, sino a las subvenciones específicas. De ahí que su artículo 1 se dedique a definir “subvención” y el artículo 2, “especificidad”. Ambas nociones se abordarán con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

23. Un miembro de la OMC no puede imponer ante la mera creencia de que un producto que se ha introducido en su mercado, en su circuito económico, o dicho de otro modo, que se ha importado, un derecho compensatorio de forma arbitraria, que constituye una medida compensatoria regulada la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. En cualquier caso, la adopción de esta medida de naturaleza tributaria se hará en función de lo dispuesto en este Acuerdo y en el artículo VI del GATT de 1994. Además, es necesario que se haya llevado a cabo una investigación, cuyo inicio y desenvolvimiento respete tanto el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias como el Acuerdo sobre la Agricultura²⁹.

24. Así, el miembro de la OMC, para establecer derechos compensatorios a productos importados subvencionados en los términos del Acuerdo objeto de este apartado, habrá de determinar la existencia de tres factores: el primero es que exista una importación subvencionada -en el sentido que se ha venido reiterando, es decir, una subvención específica-; el segundo es la existencia de un daño a una rama de producción nacional -en los términos del artículo VI del GATT de 1994 y de este Acuerdo-; y el tercero sería la relación causal entre el primer factor -producto beneficiado de subvención específica- y el segundo factor -daño a una rama de producción nacional-. Será necesario probar todos y cada uno de los tres factores indicados³⁰.

25. Es por ello que se considera relevante un análisis detenido de los elementos que rodean la determinación de la especificidad de una subvención, no solamente mediante el análisis de las normas de Derecho Internacional Tributario, sino a través de la problemática a la que se ha tenido que enfrentar el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ante este factor.

26. ¿Qué ocurre con las subvenciones agrarias? ¿Se ha previsto un tratamiento específico? Pues la respuesta es afirmativa. Así, se ha de mencionar el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC. Este Acuerdo constituye un compromiso por parte de los miembros de la OMC de ejecutar una reforma de las políticas agrarias atendiendo a 3 ejes fundamentales: en primer lugar, la mejora del acceso a los mercados; en segundo lugar, una reducción de los volúmenes de ayudas internas, si bien dependiendo de la naturaleza de la subvención se establecieron distintos compartimentos; y, en tercer lugar, una reducción de las subvenciones a la exportación.

27. De estos tres ejes del Acuerdo sobre la Agricultura, las subvenciones agrícolas se subsumirían en el segundo eje, el de las ayudas internas. De los distintos compartimentos que fija el Acuerdo, las subvenciones agrícolas formarían parte, en principio, del denominado compartimento verde. Siendo más específicos, en este compartimento se encuadrarían todos aquellos pagos directos a productores que no están vinculados con la producción³¹.

28. En este sentido, la reforma que sufrió la Política Agraria Común comunitaria en el año 2003 produjo que la mayor parte de ayudas no estuvieran vinculadas a la producción. Como bien señalan CUENCA GARCÍA y NAVARRO PABSDORF, en este año estaríamos ante lo que se conoce como la “Reforma Fichler”, que tenía como objetivo, entre otros, que se implementasen el desacoplamiento de las ayudas.

²⁹ Artículo 10 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

³⁰ Artículos 11.2 y 19.1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

³¹ Anexo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Lo anterior equivale a decir que se pretendía que se desvinculasen de forma definitiva estas ayudas de la producción, que era el esquema tradicional. Por lo tanto, el agricultor no habría de producir un determinado producto para poder recibir la subvención, sino que a partir de ahora debería contar con una explotación agraria³².

IV. Cuestiones problemáticas actuales sobre la posible especificidad *de jure* de subvenciones enmarcadas en la Política Agraria Común de la Unión Europea

1. Importancia de la especificidad de una subvención y sistematización de la especificidad *de jure*

29. Dicho lo anterior, no se va a llevar a cabo a continuación, como señalábamos, un análisis profundo y detenido de un determinado caso, sino de un elemento fundamental de cara a la imposición de derechos compensatorios, ya que éstos se pueden establecer, como se ha visto, cuando se trata de una subvención específica. En concreto, el *focus* recaerá sobre las constataciones que pudieron hacer dudar a un miembro de la OMC sobre si ciertas subvenciones -en concreto, las enmarcadas en la Política Agraria Común de la Unión Europea- eran específicas *de jure*. He aquí su importancia de cara al estudio del Derecho Internacional Tributario. Todas ellas nos deberían llevar, necesariamente, a responder a la cuestión de si el acceso a estas se limitó de forma explícita a los olivicultores. Nos moveríamos siempre en un cuadro normativo presidido por el primer apartado del artículo 2 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, así como de su apartado a), junto con el apartado 4, naturalmente, siempre del mismo precepto. Antes de nada, convendría abordar en unas líneas la especificidad.

30. En consecuencia, es primordial la delimitación de la noción de “subvención”: se trataría de una contribución financiera de un Gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro por la que se otorga un beneficio, según lo dispuesto en el artículo 1.1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Como bien señala IBÁÑEZ MARSILLA, “contribución financiera” y “beneficio” se distinguen en que la primera se refiere a la acción de un Gobierno, mientras que el segundo se refiere al receptor. La contribución financiera se determina atendiendo las cuantías efectivas proporcionadas por un Gobierno y no solamente las autorizadas o establecidas en sus Presupuestos para aquellos mismos años. Por su parte, el beneficio ha de implicar que sea disfrutado por alguien, por lo que el referente para identificar un beneficio es el mercado; como consecuencia, un beneficio existe cuando el receptor incrementa su riqueza respecto al resultado que se hubiera conseguido en el caso en que sólo las fuerzas del mercado hubiesen actuado³³.

31. MARTÍNEZ GINER señala que la distinción entre una medida de política general y un subsidio destinado exclusivamente a una empresa o grupo de empresas se efectúa a través del criterio de la especificidad, recogido en el artículo 2 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Las que crean verdaderas distorsiones en el mercado internacional son las subvenciones específicas porque están pensadas para destinatarios específicos, a diferencia de las medidas de política general, como puede ser una reducción de tipos impositivos, que son de aplicación de igual manera para el conjunto de agentes económicos que operan en el mercado. De ahí que sea solamente a las subvenciones específicas a las que se les aplique el régimen del este Acuerdo de la OMC. Pues bien, la especificidad *de jure* haría referencia a los apartados a) y b) del artículo 2.1 del citado Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias³⁴.

³² E. CUENCA GARCÍA y M. NAVARRO PABSDORF, “Transformaciones y desafíos de la Política Agraria Común”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 3060, 2015, pp. 26-27.

³³ S. IBÁÑEZ MARSILLA, “El suport al crèdit a l’exportació i el Dret sobre subvencions de l’OMC”, *Anuari de l’Agrupació Borriana de Cultura*, nº 23, 2012, pp. 52-53.

³⁴ L. A. MARTÍNEZ GINER, “Competencia fiscal y Organización Mundial del Comercio”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 147, 2010, p. 21.

32. El primer supuesto de especificidad *de jure* -artículo 2.1 a) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias- sería cuando la autoridad que otorga la subvención o el marco normativo de actuación de esa autoridad limiten de forma explícita el acceso de la subvención a un número específico de empresas. Por su parte, el segundo supuesto de especificidad *de jure* -artículo 2.1 b) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias- funciona en sentido contrario, pues el tenor del texto en cuestión hace referencia a cuándo no se habrá de considerar una subvención específica; en concreto, no lo sería cuando la autoridad que otorga la subvención o el marco normativo de actuación de esa autoridad establecen una serie de condiciones o criterios objetivos para el derecho a su obtención y su cuantía, si bien se exige que este derecho sea automático y se cumplan de forma escrupulosa esas condiciones o criterios y también que las condiciones o criterios hayan sido establecidos en una ley, reglamento u otra documentación de carácter oficial para poder acceder a su verificación.

33. Además, es imprescindible que cualquier determinación que un miembro realice sobre la existencia de especificidad se fundamente en pruebas positivas, a tenor del artículo 2.4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Tal es así que, como se verá a continuación, que el hecho de establecer derechos compensatorios sobre ciertos productos porque se haya determinado la especificidad sin fundamentarse de forma clara en pruebas positivas conlleva, en consecuencia, que la imposición de esos derechos compensatorios es incompatible con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

2. Normativa en sede de asignación y valoración de los derechos del Régimen de Pago Básico – Pago Directo

34. Cabe recordar que el Régimen de Pago Básico – Pago Directo se enmarca en la Política Agraria Común de la Unión Europea. Este Régimen de Pago Básico – Pago Directo vino a sustituir el anterior Régimen de Pago Único, tal y como se desprende del mismo acto de la Unión que regula el primer Régimen mencionado³⁵.

35. Entrando de lleno en las cuestiones problemáticas, se estableció por la normativa reguladora del Régimen de Pago Básico – Pago Directo que podían acceder a la asistencia prevista en éste, para el periodo 2015-2020, todos los agricultores que activasen los derechos de pagos obtenidos a través de alguna o algunas de las modalidades que se exponen a continuación: podía tratarse de una primera asignación en el año 2015, también una asignación de las reservas nacional o regionales o incluso una transferencia de derechos con o sin terrenos³⁶.

36. Ahora bien, sería importante comprender qué contenido se le da al concepto de “agricultor”, haciéndose referencia tanto a una persona física como a una persona jurídica que lleva a cabo una actividad agraria. ¿Y qué se incluye en “actividad agraria”? No solamente producir, criar o cultivar productos agrarios, sino también puede ser que se dedique a mantener una superficie agraria en un estado adecuado para que se pueda pastar o cultivar en ella o, incluso, que realice una actividad mínima este tipo de superficies³⁷.

37. Asentado lo anterior, el estudio de esta normativa se desmenuzará, a su vez, en tres subpartes para poder analizar los perfiles que pueden ser más complejos y pueden inducir a una comprensión errónea del contexto jurídico.

³⁵ Considerando 21 del Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 637/2008 y (CE) n° 73/2009 del Consejo -en adelante, Reglamento 1307/2013-

³⁶ Artículos 21.1 y 32 del Reglamento 1307/2013.

³⁷ Artículos 4.1 a) y c) y 9 del Reglamento 1307/2013.

38. En primer lugar, es menester centrar la cuestión en sede de la normativa de asignación y de cálculo de los derechos del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo para los olivicultores nuevos.

39. No existía una vinculación entre las subvenciones que recibían olivicultores del Régimen de Pago Básico – Pago Directo y la producción histórica de aceitunas atendiendo al Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. La prueba evidente que hizo a la OMC defender lo anterior es que las normas de cálculo de los derechos del Régimen de Pago Básico – Pago Directo especificaban que el valor de éstos en relación con los nuevos agricultores, en los que podían incluirse los nuevos olivicultores, obtenidos de la reserva nacional se habían de basar en el valor medio de los pagos a los agricultores en la misma región, y no en el valor de los derechos del Régimen de Pago Único³⁸. El marco jurídico quedaría configurado, a nivel comunitario, por el Reglamento 1307/2013; y, a nivel estatal español, por el Real Decreto 1076/2014, de 19 de diciembre, sobre asignación de derechos de régimen de pago básico de la Política Agraria Común³⁹.

40. Las reservas nacional o regionales a través de las cuales se obtenían los derechos del Régimen de Pago Básico – Pago Directo se encontraban disponibles para cualquier agricultor que cumpliera los criterios fijados al efecto. Ahora bien, se le daba prioridad a que pudiesen participar nuevos agricultores⁴⁰. En concreto, en España, el valor unitario de los derechos de la reserva nacional correspondientes a los agricultores jóvenes o a los agricultores nuevos hacía referencia al valor medio del conjunto de derechos de pago que se atribuyeron en la región a la que pertenecía el agricultor de que se tratase en el año en que fueron asignados⁴¹.

41. Por ende, se puede apreciar que, en el marco del Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo no existía un vínculo directo entre el valor de estos pagos a agricultores jóvenes y a agricultores nuevos -debiendo entender, naturalmente, que se subsumían en esta categoría los olivicultores nuevos- y el valor de los derechos del Régimen de Pago Único⁴².

42. Es más, piénsese que existieron casos en los que empresas y/o sus proveedores no fueron agricultores nuevos y no obtuvieron pagos de la reserva nacional de España. Pues bien, ello no conllevaba, desde el punto de vista fáctico, que el Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo estableciese un vínculo legal para que solamente accediesen los olivicultores y que la cuantía de esos derechos estuviese vinculada a los derechos del Régimen de Pago Único que se basaron en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas⁴³.

43. Continuando con la idea del párrafo anterior, cualquier agricultor -por lo tanto, no se limitó el acceso únicamente a los olivicultores- podía solicitar la asistencia prevista en el Programa de Régimen de Pago Único, estableciéndose como requisito la posesión por este agricultor de derechos

³⁸ Párrafo 7.75 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 54.

³⁹ En adelante, Real Decreto 1076/2014.

⁴⁰ Artículo 30.6 del Reglamento 1307/2013 y artículo 24 del Real Decreto 1076/2014.

⁴¹ Artículo 26.1 del Real Decreto 1076/2014.

⁴² Se trata de una cuestión fundamental, dado que los Estados Unidos determinaron la especificidad *de jure* de los pagos a los olivicultores realizados dentro del Régimen de Pago Básico - Pago Directo porque, según expusieron, se tomaba como referencia el otorgamiento de beneficios dentro del marco del Régimen de Pago Único para acceder a los citados derechos del Programa Régimen de Pago Básico - Pago Directo (Párrafo 7.67 *in fine* del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 51).

⁴³ Cuestión de hecho afirmada por el Grupo Especial (Párrafo 7.75 *in fine* del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 54).

que hubieren sido obtenidos atendiendo a alguno de los siguientes métodos -son 3 en total-: el primero hacía referencia a derechos que se hubiesen obtenido bajo el paraguas de alguno de los regímenes en vigor anteriores a este Programa de Régimen de Pago Único -donde quedaba incluido el Régimen de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas-; el segundo método consistía en una transferencia o también una herencia; y el tercero, derechos obtenidos de la reserva nacional⁴⁴.

44. Ello demuestra que, al establecerse normativamente tres métodos distintos, cuando se utilizó para el cálculo del valor inicial de los derechos en el marco del Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo los derechos que se basaban en el Programa de Régimen de Pago Único, no existía una limitación solamente a aquellos que se obtuvieron en el marco del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas⁴⁵.

45. En segundo lugar, sería conveniente analizar la misma cuestión, pero con respecto a un sujeto distinto: agricultores que ostentan una titularidad de derechos transferidos en el marco del Programa de Régimen de Pago Único.

46. ¿Por qué la atención recae, en este momento, en sujetos agricultores que son titulares de derechos en el marco del Programa de Régimen de Pago Único que han sido objeto de transferencia? Tiene relevancia porque, como se ha venido diciendo, el valor inicial de derechos encuadrados en el Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo se podía derivar de derechos encuadrados en el Programa de Régimen de Pago Único. En concreto, una de las cuestiones planteadas era si el Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo establece una limitación jurídica a los olivicultores sobre la tipología específica de agricultores que podían ser beneficiarios del Programa de Régimen de Pago Único que se basaba en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas y, consecuentemente, de los derechos del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo.

47. Centrado el argumento, se habría de recordar que, cuando a un agricultor se le transfería un derecho del Programa de Régimen de Pago Único, este derecho podía encontrar su origen en otros programas que no fuesen los relativos a la aceituna -esto es, al Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas-, sino que existían otros, por ejemplo, asistencia para algodón o para lácteos, entre otros⁴⁶.

48. La principal consecuencia del razonamiento anterior es que el valor inicial de unos derechos encuadrados en el Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo de un agricultor que fuese, en concreto, olivicultor podría traer origen en unos derechos enmarcados en el Programa de Régimen de Pago Único, los cuales, estos últimos, no se fundamentasen en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, sino en otros distintos, como pueden ser, en la línea de los dos ejemplos que se han señalado, un productor de lácteos o un productor de algodón. Siguiendo, pues, este razonamiento, podría darse que el valor inicial de los derechos del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo de un agricultor que no fuese olivicultor tuviese su origen en derechos del Régimen de Pago Único que sí estuviesen basados en el Programa de la Organización Común de

⁴⁴ Artículos 33, 42.3, 43 y 46 del Reglamento (CE) n° 1782/2003 del Consejo de 29 de septiembre de 2003 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n° 2019/93, (CE) n° 1452/2001, (CE) n° 1453/2001, (CE) n° 1454/2001, (CE) n° 1868/94, (CE) n° 1251/1999, (CE) n° 1254/1999, (CE) n° 1673/2000, (CEE) n° 2358/71 y (CE) n° 2529/2001 -en adelante, Reglamento 1782/2003-.

⁴⁵ Señaló la Unión Europea que, si bien España sí que aplica a nivel regional el Programa de Régimen de Pago Básico - Pago Directo, no lo hizo así en relación al Programa de Régimen de Pago Único. Por lo tanto, en relación a este último Programa, se estipuló la posibilidad que tenían los agricultores de compra-venta o arrendamiento de los derechos del **Régimen de Pago Único** en todo el territorio nacional español (Párrafo 7.71 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 52).

⁴⁶ Artículo 37 y Anexo VI del Reglamento 1782/2003.

Mercados en el Sector de las Materias Grasas que hubieren sido objeto de transferencia por parte de un agricultor que se dedicase al cultivo de la aceituna.

49. Lo anterior conlleva la inexistencia en la normativa reguladora estudiada en el marco del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo de una limitación legal a los olivicultores sobre la categoría específica de agricultores que podrían ser beneficiarios del Régimen de Pago Único que estaban fundamentados en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas y, por ende, de los derechos del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo⁴⁷.

50. En último lugar, sería menester analizar qué ocurre con aquellos agricultores realizaban el cultivo de la aceituna y que obtenía asistencia del Régimen de Pago Único que estaban basados en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, pero que han pasado a cultivar otro producto distinto y continúan percibiendo esos derechos en el periodo de aplicación del Programa de Régimen de Pago Básico – Pago Directo.

51. La respuesta está en los requisitos que se exigen para la persona beneficiaria de los derechos del programa de que se trate de subvenciones. Dicho de otro modo, no se exigía para el acceso a una ayuda enmarcada en el Régimen de Pago Básico – Pago Directo la obligación de producir un bien en el ámbito agropecuario. De igual modo, se ha de recordar que definió como “agricultor” a cualquier persona física o persona jurídica que tanto lleve a cabo una actividad que sea agraria como que se dedique a mantener un terreno en buenas condiciones agrarias y medioambientales⁴⁸.

52. Si la normativa, pues, no exige una producción específica de un producto de naturaleza agrícola o ganadera en relación al Régimen de Pago Básico – Pago Directo y también al Régimen de Pago Único, es perfectamente posible que exista un sujeto agricultor que se esté beneficiando de derechos que se basen en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, pero que no lleve a cabo, en el periodo de aplicación del Régimen de Pago Básico – Pago Directo, una actividad de cultivo de aceitunas. Así las cosas, quedaría fundamentado que las subvenciones en el marco del Régimen de Pago Básico – Pago Directo no limitaban que se pudiesen beneficiar a los olivicultores de subvenciones basadas en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas.

53. Teniendo en cuenta los tres subapartados a los que se les ha tratado de dar un encaje jurídico, no quedaría demostrada la especificidad *de jure* de las subvenciones encuadradas en el Régimen de Pago Básico – Pago Directo, dado que no hubo una limitación explícita a los olivicultores en relación al acceso de las citadas subvenciones⁴⁹.

3. La verdadera función desempeñada por la denominada “tasa o coeficiente regional”

54. El coeficiente regional o tasa regional tiene un rol determinado, siendo de aplicación en aquellos supuestos en los que un sujeto agricultor ostenta terrenos en diferentes regiones. Así, servirá

⁴⁷ Párrafo 7.75 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 54.

⁴⁸ Artículos 2 -apartados a) y c)- y 5 del Reglamento 1782/2003; y artículos 2 -apartados a) y c)- y 6 del Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1290/2005, (CE) n° 247/2006 y (CE) n° 378/2007, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1782/2003 -en adelante, Reglamento 73/2009-.

⁴⁹ Párrafos 7.75 y 7.76 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 54.

de cara a la distribución del valor total entre las regiones implicadas. Consecuentemente, no es que se use, como norma general, una tasa regional para la determinación del derecho del Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo; los derechos enmarcados en este Programa van a tener un valor que estará condicionado por el *quantum* de ayuda que obtuvo un agricultor en el periodo anterior. Será de aplicación ese coeficiente regional en el supuesto expuesto de un agricultor con tierras en más de una región⁵⁰.

55. Se llegó a plantear por parte de Estados Unidos, en relación al coeficiente regional, que se estableció para los cultivos que fuesen permanentes -como el caso de los olivicultores con las aceitunas- un valor de 1, lo cual garantizaba, a su entender, las subvenciones a los olivicultores⁵¹.

56. La OMC se posicionó a favor de la postura defendida por la Unión Europea en tanto en cuanto los Estados Unidos partieron de una interpretación errónea de la normativa aplicable para determinar la especificidad *de jure* de las subvenciones del Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo: ni la “tasa regional” es usada para la determinación del valor de derechos del citado Programa que corresponde a cada hectárea de cultivo, ni tampoco la cuantía de cada subvención se ha de ponderar teniendo en cuenta su valor de referencia regional que corresponda⁵².

57. Así las cosas, no existe una explicación razonada ni está fundamentada en pruebas positivas la especificidad *de jure*; por lo que, *a contrario sensu*, no puede determinarse la especificidad *de jure* de las subvenciones del Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo atendiendo a la función de la “tasa regional”.

4. Derechos del Régimen de Pago Único

58. ¿Podría plantearse la especificidad *de jure* del Programa de Régimen de Pago Único por estar correlacionado, de forma directa, con el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas? ¿Existe, pues, una correlación en sede de asignación y valoración de los derechos del Programa de Régimen de Pago Único y el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas?

59. Si atendemos a la normativa al efecto, las formas de obtención de derechos que se encuadrasen en el Programa de Régimen de Pago Único eran tres: en primer lugar, haber sido beneficiario de algunos de los distintos programas de ayudas vigentes anteriores al citado Programa -aquí se englobaría el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, aunque había otros más-; en segundo lugar, mediante la reserva nacional; y, por último, a través de transferencia o herencia⁵³.

60. En cualquier caso, debía tratarse de un agricultor el que se podía beneficiar del Programa de Régimen de Pago Único. Viene definido como la persona física o jurídica que desempeña una actividad agraria⁵⁴.

⁵⁰ Artículo 14.2 b) del Real Decreto 1076/2014.

⁵¹ Párrafo 7.87 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 58.

⁵² Párrafo 7.93 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 61.

⁵³ Artículos 33, 42.3 y 46 del Reglamento 1782/2003; y artículos 41.2 y 46 del Reglamento 73/2009 -los preceptos de este acto de la Unión hacen referencias a las dos últimas modalidades de acceso a los derechos del Programa de Régimen de Pago Único, esto es, mediante la reserva nacional y transferencia o herencia-.

⁵⁴ Artículo 2 a) del Reglamento 1782/2003 -y artículo 2 a) del Reglamento 73/2009-.

61. Por su parte, “actividad agraria” engloba, de un lado, producir, criar o cultivar productos agrarios y mantener animales a efectos agrícolas, y, de otro lado, mantener un terreno en condiciones agrarias y medioambientales buenas⁵⁵.

62. Por lo tanto, si bien era posible acceder a los derechos del Programa de Régimen de Pago Único por haber sido beneficiario del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, ésta no era la única manera mediante la cual se podía acceder al mismo. No había, pues, una limitación por la que un olivicultor sola y exclusivamente pudiese ser beneficiario del Programa de Régimen de Pago Único por haber disfrutado del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas.

63. Con respecto a la primera forma de acceso al Programa de Régimen de Pago Único, imaginemos un agricultor que, para el periodo de referencia, se dedicó al cultivo de distintos tipos de productos -entre ellas, por ejemplo, también podemos incluir las aceitunas-. Pues bien, dado que en ese periodo que interesa a efectos de la valoración de la cantidad de subvención a recibir en el marco del Programa de Régimen de Pago Único se recibió asistencia por parte de distintos programas, entre ellos, el de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, se debía tener en cuenta la totalidad de asistencia percibida de los distintos programas de los que se benefició.

64. La transferencia, como segunda modalidad de acceso, comportaba distintas hipótesis que, de nuevo, llevan a rechazar, naturalmente, la hipótesis de que era requisito del Programa de Régimen de Pago Único el haber accedido al Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas: el origen de la transferencia podía ser un programa de asistencia distinto al Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas⁵⁶; así como, siguiendo este razonamiento, los derechos del Programa de Régimen de Pago Único de un agricultor que no se dedicase al cultivo de la aceituna podrían traer su origen en una transferencia de asistencia basada en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. Así, no es posible afirmar que el Programa de Régimen de Pago Único establezca una limitación jurídica en el acceso en el sentido indicado.

65. La última forma de acceso a los derechos del Programa de Régimen de Pago Único era a través de la reserva nacional. Se estableció a este respecto que podrían tener acceso prioritariamente los agricultores nuevos -por lo que también se incluirían en esta categoría los olivicultores nuevos-. Los importes de esta reserva resultaban de reducir hasta un 3% los pagos de este Programa a los importes de referencia que, de otro modo, habrían sido atribuidos a aquellos agricultores que ostentasen la titularidad de derechos⁵⁷. De nuevo, nos encontramos ante otro elemento que demostraría que el Programa de Régimen de Pago Único no era específico *de jure*.

66. Se podría añadir que, atendiendo a la definición que se ha expuesto *supra* de agricultor según la normativa comunitaria de referencia, el Programa de Régimen de Pago Único no limitó jurídicamente que se pudiesen beneficiar de derechos establecidos en el marco del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas a los olivicultores. Ello es así porque se podía dar la situación de agricultores que fuesen beneficiarios de asistencia del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, que en su momento efectivamente se dedicaban al cultivo de aceitunas, si bien durante el periodo de tiempo en que resultó de aplicación el Programa de Régimen de Pago Único ya no ejercía la olivicultura, sino que se encuadraba en otra de las nociones que se pueden subsumir en el concepto de actividad agrícola.

⁵⁵ Artículo 2 c) del Reglamento 1782/2003 -y artículo 2 c) del Reglamento 73/2009-.

⁵⁶ En este sentido, artículo 37 y Anexo VI del Reglamento 1782/2003.

⁵⁷ Artículo 42 del Reglamento 1782/2003.

67. Con las consideraciones mostradas sobre el Programa de Régimen de Pago Único, se podría afirmar que no existen disposiciones legales que determinen que el valor de los derechos encuadrados en este Programa se haya de llevar a término tomando como referencia el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas de forma exclusiva.

68. Siendo más específicos, existen algunos elementos que deberían ser tomados en cuenta para negar la especificidad *de jure* de aquellas normas que regulaban tanto la asignación como la valoración de los derechos del Programa de Régimen de Pago Único. Así, la existencia de la modalidad de transferencia manifiesta de forma clara que no existe una limitación jurídica a los olivicultores que accediesen a los pagos enmarcados en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas porque se permite explícitamente que se transfieran derechos del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas a otros agricultores que, en el momento del periodo de referencia, no se encargaban del cultivo de la aceituna. De igual manera, aquel agricultor que se había dedicado a la olivicultura y hubiese sido beneficiario de asistencia en el marco del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, pero en el periodo de referencia para solicitar los derechos del Programa de Régimen de Pago Único no se dedicase a cultivar aceitunas, podía ser, igualmente, beneficiario de asistencia del Programa de Régimen de Pago Único basados en las ayudas obtenidas del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas⁵⁸.

69. No se puede atribuir, pues, especificidad *de jure* a las normas que asignan y valoran los derechos del Programa de Régimen de Pago Único, visto que el acceso a las subvenciones del citado Programa no estaba limitado jurídica y expresamente a los olivicultores.

5. Asistencia en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas

70. Con respecto al Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas, uno de los objetivos que perseguían los Estados Unidos como miembro de la OMC que impuso derechos compensatorios a las aceitunas negras españolas, era constatar que tanto el Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo como el Programa de Régimen de Pago Único continuaron ostentando la especificidad *de jure* de la asistencia enmarcada en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas.

71. Sin embargo, como se procede a comprobar, no se ha establecido la especificidad *de jure* del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. Es interesante, de cara a hipotéticas futuras problemáticas, analizar qué se estableció por una parte -los Estados Unidos- y por la otra -la Unión Europea- en sede de este Programa de subvenciones anterior.

72. Sin duda, el elemento más evidente es la inexactitud con la que los Estados Unidos constatan las normas que regulaban la valoración de las subvenciones del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas: constataron, -reiteramos- de forma errónea, que el cálculo se llevaba a cabo atendiendo a la cuantía o el valor por hectárea. No obstante, la valoración de las ayudas de este Programa se realizaba en función de la cantidad de producción⁵⁹.

⁵⁸ Párrafos 7.115 y 7.116 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 67.

⁵⁹ Efectivamente, el artículo 5.1 del Reglamento (CE) n° 1638/98 del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica el Reglamento n° 136/66/CEE por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las materias grasas establecía una cuantificación de la subvención a los olivicultores tomando como parámetro fundamental la cantidad producida de aceite de oliva. Por ende, no se hace referencia, en ningún momento, al “valor por hectárea” que alegan los Estados Unidos.

73. Ahora bien, hay una constatación de los Estados Unidos que la Unión Europea no trata de contraargumentar, que sería que las subvenciones del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas que fueron concedidas durante su periodo de aplicación, de vigencia, estaban centradas en unos cultivos determinados. En concreto, estaba haciendo referencia al sector de las aceitunas.

74. En relación a esta constatación, cabe destacar que los Estados Unidos no llevaron a cabo una constatación coherente en su conjunto, demostrando una actitud que titubeaba, pues, si bien al inicio se llegó a afirmar que no formularían constataciones sobre la especificidad Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas bajo la óptica de su Ordenamiento jurídico doméstico -el Derecho norteamericano-, unas líneas posteriores cambian lo afirmado y expresan que tenían la intención de constatar la especificidad *de jure* del Programa al centrarse en unos determinados cultivos en específico⁶⁰.

75. A pesar de que la Unión Europea no expuso sus argumentos jurídicos sobre esta materia, la OMC no concluyó que los Estados Unidos hubieran demostrado la especificidad *de jure* del Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. Es más, en relación a esta cuestión, lo que se estableció es que los Estados Unidos habían sido inexactos en sede de la valoración de las subvenciones de este Programa al entender que se basaba, como se señaló anteriormente, en un valor por hectárea⁶¹.

6. Recapitulación: inexistencia de especificidad *de jure*

76. Así las cosas, al no existir en la normativa estudiada en sede de subvenciones que se enmarcan en la Política Agraria Común de la Unión Europea -en especial, en relación al Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo y al Programa de Régimen de Pago Único- elementos que demuestren mediante pruebas evidentes que se estableció una limitación jurídica del acceso a estas ayudas a los olivicultores, no se puede hablar de una subvención específica en el sentido del artículo 2.1 a) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

77. Los elementos analizados *supra* han puesto de manifiesto que, aunque podrían constituir *ex ante* cuestiones que pudieran manifestar la especificidad *de jure*, esto es, de ser una ayuda que se otorga por un gobierno limitando de forma explícita su acceso a determinadas empresas, las reglas que resultaban de aplicación, principalmente, al Programa Régimen de Pago Básico – Pago Directo y al Programa de Régimen de Pago Único no limitaron su acceso, como se ha venido reiterando.

78. El Grupo Especial que tenía como misión dar solución a la controversia en que se encuadraba, como uno de los aspectos a estudiar, la hipotética especificidad *de jure* de estos Programas de subvenciones de la Unión Europea, y cuyo Informe fue adoptado por su totalidad por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC⁶², fundamentó la ausencia de especificidad *de jure* de estos Programas según los motivos que se han estudiado *supra*.

⁶⁰ Se puede apreciar la literalidad del argumentario de los Estados Unidos en los Párrafos 7.121-7.123 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, pp. 69-70.

⁶¹ Párrafos 7.125 y 7.126 del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 70.

⁶² Actuación del Órgano de Solución de Diferencias, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España – Informe del Grupo Especial*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/9, adoptado el 21 de diciembre de 2021, p. 1.

79. Es más, el Grupo Especial se fundamentó en esas cuestiones, las que había demostrado la Unión Europea a través de pruebas fácticas, en estricto cumplimiento, pues, del artículo 2.4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, absteniéndose de realizar otras consideraciones⁶³. He aquí la importancia de lo analizado. Piénsese que se trata de la resolución de un conflicto que hubiera podido suponer importantes estragos en la Economía de la Unión Europea si se hubiese determinado la especificidad *de jure* de las subvenciones de los Programas inmersos en la Política Agraria Común comunitaria.

V. Reflexiones finales

80. La normativa de naturaleza tributaria que regula las bases y los requisitos para la imposición de derechos compensatorios por parte de los miembros de la OMC forma parte de la disciplina del Derecho Internacional Tributario, en tanto en cuanto son una serie de acuerdos firmados entre Estados en el seno de una organización internacional de vital importancia para el Derecho Aduanero como es la OMC.

81. Así, la OMC ha desempeñado y va a seguir ostentando un rol imprescindible de cara a la vertiente fiscal del Derecho Aduanero. En especial, en materia antisubvención, se han de destacar tanto el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. El hecho de que existan textos jurídicos internacionales de referencia, que asienten unos pilares, unos denominadores comunes, permite que vaya a haber, en principio, una aplicación uniforme de las reglas que van a regir el comercio internacional de mercancías. Ello conllevará, necesariamente, que exista seguridad jurídica para los operadores económicos que actúan en el mercado internacional.

82. Los derechos compensatorios pueden ser establecidos por los miembros de la OMC ante la importación en su territorio de un producto que se haya beneficiado de una subvención a la fabricación, producción o exportación, de forma directa o indirecta. Además, deberá ser específica esta subvención y ha de haber producido un daño a una rama de producción nacional -por lo que se exige un nexo causal entre la subvención específica y el daño causado-.

83. Tras la reforma de la Política Agraria Común comunitaria del año 2003, se estableció el desacoplamiento de las ayudas que recibían los agricultores. Piénsese que el Acuerdo sobre la Agricultura permite las ayudas a los agricultores que no estén vinculadas con la producción, formando parte de lo que ha llamado el “compartimento verde”.

84. Pues bien, si un factor determinante, atendiendo al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, de cara a la posibilidad de imponer derechos compensatorios es que la subvención sea específica, se ha retenido interesante analizar cómo se ha de interpretar la especificidad *de jure* ante cuestiones problemáticas recientes en relación a subvenciones agrarias y, más en concreto, ante las subvenciones de la Política Agraria Común de la Unión Europea, ante el escaso interés mostrado por la doctrina tributaria sobre una materia que está continuamente siendo objeto de controversias ante la OMC y resolviéndose mediante el Órgano de Solución de Diferencias de la citada organización internacional.

85. Especificidad *de jure* que hace referencia a aquellas subvenciones que se conceden por parte de gobiernos o autoridades gubernativas a un número determinado y limitado de empresas -apartados a) y b) del artículo 2.1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias-. Ahora bien, de cara a la consecución de constatar lo anterior, son fundamentales una argumentación razonada y pruebas fácticas.

⁶³ Párrafo 8.1.a.viii del Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - derechos antidumping y compensatorios sobre las aceitunas negras procedentes de España*, Organización Mundial del Comercio, WT/DS577/R, adoptado el 19 de noviembre de 2021, p. 164.

86. ¿Cómo se ha demostrado que las subvenciones de la Política Agraria Común de la Unión Europea no son específicas *de jure* y, por lo tanto, los productos que se hayan visto beneficiadas de las citadas ayudas no pueden ser objeto de derechos compensatorios?

87. Comenzando por el Régimen de Pago Básico – Pago Directo, que sustituyó el Régimen de Pago Único, no limitó jurídicamente su acceso únicamente a los olivicultores. Pruebas evidentes son las normas previstas para asignar y valorar los derechos enmarcados en el Régimen de Pago Básico – Pago Directo con respecto a tres beneficiarios: nuevos agricultores, agricultores que fuesen titulares de derechos transferidos en el marco del Régimen de Pago Único y aquellos agricultores que no cultivan tierras. Todos ellos, como se ha visto, tuvieron acceso, en el sentido analizado *supra*, a las subvenciones del Régimen de Pago Básico – Pago Directo.

88. El coeficiente regional o tasa regional no se estableció con la finalidad de limitar jurídicamente el acceso a las subvenciones del Régimen de Pago Básico – Pago Directo solamente a los olivicultores, ni se ha estado empleando de esa forma ni con ese objetivo. Elemento que constituye otra prueba evidente de la ausencia de especificidad *de jure* de estas subvenciones agrarias.

89. Tampoco existe una correlación o vinculación directa entre el Programa de Régimen de Pago Único con el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas. Queda demostrado con las reglas en sede de asignación y valoración de los derechos del Régimen de Pago Único respecto a dos sujetos específicos: por un lado, aquellos agricultores beneficiarios de los derechos del Régimen de Pago Único que hayan sido obtenidos vía transferencia; y, por otro lado, aquellos agricultores que ostenten la titularidad de derechos basados en el Programa de la Organización Común de Mercados en el Sector de las Materias Grasas que no se dedican a la producción de aceitunas. De esta forma, la normativa señalada tampoco establece una limitación jurídica del acceso a las ayudas enmarcadas, en este supuesto, en el Programa de Régimen de Pago Único a los olivicultores.

90. Si nos encontramos ante unas subvenciones que no son específicas *de jure*, no se le podrían imponer derechos compensatorios a productos que se hubiesen beneficiado de las mismas. Por eso es fundamental el estudio de los elementos que determinan la existencia o la ausencia de especificidad de una subvención a la luz de los Acuerdos de la OMC.

91. Tal es así, que una de las conclusiones fundamentales del Informe del Grupo Especial que adoptó el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en relación a la controversia entre los Estados Unidos y la Unión Europea sobre derechos compensatorios -y también derechos *antidumping*- a las aceitunas negras españolas es que las constataciones realizadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos se efectuaron en contra del artículo 2.1 a), así como del artículo 2.4, del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias al no examinar ni tener en cuenta debidamente los preceptos de referencia abordados en este estudio, así como al fundamentarse en constataciones fácticas erróneas, en relación a las cuestiones problemáticas indicadas. Si bien es cierto que se tuvieron en cuenta otras consideraciones, se determinó que las medidas en litigio eran incompatibles con lo dispuesto en los Acuerdos de la OMC implicados -también se hace referencia al GATT de 1994 y al Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994-, constituyendo un caso de anulación o menoscabo y recomendando a los Estados Unidos que las pusiesen de acuerdo con los citados Acuerdos internacionales. Medidas en litigio que, como se ha dejado ver, no solamente eran medidas compensatorias, sino también medidas *antidumping*.

92. Efectivamente, Estados Unidos ha incumplido el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, entre otros motivos, porque impuso derechos compensatorios a un producto que estimaba que había sido objeto de una subvención específica y, por tanto, contraria al mencionado Acuerdo. Especificidad que no existe en este caso.

93. Permítasenos añadir unas breves referencias a los derechos *antidumping*, pues, como se ha visto, es posible que se impongan derechos compensatorios y derechos *antidumping* combinados.

94. Los derechos *antidumping* son aquellos tributos que los miembros de la OMC pueden establecer sobre productos importados a su territorio que hayan sido objeto de *dumping*, o sea, que se haya introducido en su mercado interior con un precio inferior a su valor normal. Para que puedan imponer derechos *antidumping*, se requiere que el *dumping* causara o pudiese causar un daño importante a una rama de producción o que retrasase significativamente la rama de una producción nacional. Además, el *quantum* de los derechos *antidumping* sobre el producto no podrá exceder el margen de *dumping* del que se ha beneficiado -artículo VI. 1 y 2 del GATT de 1994-.

95. En un mismo producto, como es el caso las aceitunas negras, nos podemos encontrar que se le impongan tanto derechos compensatorios como derechos *antidumping*. Como se ha visto, las diferencias son notables, pudiendo destacar, para ser ilustrativos, dos: los derechos compensatorios se imponen frente a una subvención específica que ha causado un daño, mientras que los derechos *antidumping* se imponen ante una importación a un precio inferior al valor normal; además, los primeros reaccionan frente a una acción gubernativa -subvención- y los segundos, ante una decisión de una persona física o jurídica.

96. En consecuencia, estos dos tributos aduaneros tienen causas para ser impuestos diferentes. Ahora bien, puede ser que un miembro de la OMC determine que haya un producto específico que se ha importado a su territorio e incorporado a su circuito económico y ha sido objeto de dos situaciones distintas, las dos que se mencionaban: de una parte, ha podido ser objeto de una subvención específica y ha podido causar un daño, por lo que existiría la posibilidad de que impusiera derechos compensatorios; y, de otro lado, la empresa que exporta ese producto, además, ha decidido realizar una actuación de *dumping*, introduciéndolo en ese mercado con un precio, por ejemplo, muy inferior a su valor normal, existiendo también las causas para la imposición de derechos *antidumping*.

97. La repercusión directa que puede tener el establecimiento de derechos compensatorios es la distorsión del mercado. Efectivamente, se imponen frente a una acción de un Gobierno o autoridad gubernativa que ha distorsionado previamente el mercado mediante la concesión de subvenciones específicas, por lo que el miembro de la OMC a cuyo mercado se va a introducir un producto objeto de una subvención ilegal, atendiendo a los Acuerdos de la OMC, puede establecer derechos compensatorios para contrarrestar esa situación contraria a Derecho.

98. La casuística ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC revela cuán importante es la determinación mediante pruebas evidentes de la especificidad de una subvención. Su imposición ilegal, contraria a lo dispuesto por los Acuerdos de la OMC, conlleva, precisamente, el efecto que se pretende evitar.

El Derecho internacional frente a los riesgos de la Inteligencia Artificial (IA) en la investigación embrionaria humana*

International Law against the risks of Artificial Intelligence (AI) in human embryonic research

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ
Catedrático de Derecho Internacional público
Universidad de Sevilla

Recibido: 14.03.2022 / Aceptado: 03.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7193

Resumen: Desde hace años se trabaja por lograr un marco ético internacionalmente aceptado en relación con todas las aplicaciones e innovaciones de la inteligencia artificial (IA). La Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, adoptada en noviembre de 2021 es considerada un hito en este sentido. En este trabajo criticamos el carácter restrictivo del concepto de dignidad humana empleado en este instrumento por no proteger frente a los riesgos del empleo de los sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en la experimentación embrionaria humana a través de úteros sintéticos. Proponemos el establecimiento de un alto comisionado de Naciones Unidas para el uso responsable de los sistemas de IA.

Palabras clave: Regulación internacional de la IA, investigación embrionaria humana, dignidad humana, úteros sintéticos, alto comisionado Naciones Unidas para la IA

Abstract: For years, efforts have been made to achieve an internationally accepted ethical framework in relation to all applications and innovations of artificial intelligence (AI). The UNESCO Recommendation on the Ethics of AI, adopted in November 2021, is considered a milestone in this regard. In this paper we criticize the restrictive nature of the concept of human dignity used in this instrument for not protecting against the risks of using systems of artificial intelligence (AI) in human embryonic experimentation through synthetic wombs. We propose the establishment of a United Nations high commissioner for the responsible use of AI systems.

Keywords: International regulation of AI, human embryonic research, human dignity, synthetic wombs, United Nations High Commissioner for AI.

Sumario: I. La dimensión ética de los sistemas de inteligencia artificial (IA). II. Crítica a la Recomendación de la UNESCO de 2021 sobre la ética en la IA y su conexión con los derechos humanos: la falta de concreción conceptual de la dignidad humana. III. Los desafíos de la IA para la investigación embrionaria humana a la luz de la doctrina del deslizamiento. IV. Indefensos ante los nuevos desafíos de los sistemas de IA aplicados a la investigación embrionaria: los úteros sintéticos y la fabricación en serie de cuerpos embrioides. V. La necesaria regulación de los sistemas de IA aplicada a la investigación embrionaria humana como una cuestión de interés general de la comunidad internacional. VI. ¿Un Alto Comisionado de Naciones Unidas para el uso responsable de los sistemas de IA? VII. Conclusiones.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación de España Biomedicina, *Inteligencia Artificial, Robótica y Derecho: los Retos del Jurista en la Era Digital*. (PID2019-108155RB-I00), en el que participé como investigador a tiempo completo.

I. La dimensión ética de los sistemas de inteligencia artificial (IA)

1. Desde hace años se viene defendiendo desde diversos ámbitos institucionales la caracterización de la IA a partir de un componente ético¹ con carácter complementario a su progresiva –y por el momento- sectorial regulación internacional². Aun cuando no hay consenso sobre una definición de ésta –a los efectos de este estudio emplearemos el término *sistemas de inteligencia artificial* (IA)³-, sí hay coincidencia acerca de la necesidad de contar con unas normas éticas aceptadas mundialmente, en la convicción de que pese a su carácter no vinculante, los valores y principios éticos pueden desempeñar una función esencial en la elaboración de normas relacionadas con los sistemas de IA en todo el mundo.⁴

2. A los efectos del presente estudio, es necesario constatar que se desprende de una lectura comparada de los principales textos emanados sobre los principios éticos para la IA, la ausencia de un acuerdo respecto de si los sistemas de IA suponen una amenaza sólo para los derechos humanos o también para la dignidad humana. La cuestión no es baladí, en tanto en cuanto, pretendemos poner de manifiesto que una lectura restringida de estos riesgos –limitándolos sólo a aquellos que puedan afectar a los derechos y libertades de los que son titulares las personas-, supone desconocer las amenazas crecientes y reales que los sistemas de IA suscitan al ser humano como especie humana y a su dignidad intrínseca.

3. La consideración de la dignidad humana sólo en relación con las personas nacidas, parece desprenderse de los principales textos adoptados en los últimos años sobre la dimensión ética de la inteligencia artificial. Así, por ejemplo, en los Principios Éticos de la OCDE en materia de Inteligencia Artificial, adoptados en mayo de 2019 y posteriormente incluidos como anexo a la Declaración Ministerial sobre Comercio y Economía Digital, del G20 en su cumbre de Tsukuba, Japón, en junio de ese mismo año⁵, en el principio titulado “Valores y equidad centrados en el ser humano” se enuncia de manera conjunta la dignidad y la autonomía, junto con una mención expresa a la capacidad de determinación humana, lo que implica que se está refiriendo a un ser humano con capacidad de tomar decisiones y, por ello, ya nacido.⁶

4. En cuanto al ámbito regional europeo, es de destacar que a pasar de que en el *Estudio sobre las dimensiones en derechos humanos de las técnicas de procesamiento automatizado de datos (en particular algoritmos) y las posibles implicaciones sobre su regulación*, elaborado por el Grupo de Expertos sobre internet (MSI-NET) del Consejo de Europa en 2017, se distingue entre las amenazas de la IA para los derechos humanos y para la dignidad humana⁷, en la *Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité*

¹ Al respecto, D., GARCÍA SAN JOSÉ, “Implicaciones Jurídicas y Bioéticas de la Inteligencia Artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 255-276.

² Para un examen de dicho progresos normativos véase la página web preparada por la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos: <https://www.loc.gov/law/help/artificial-intelligence/international.php> Visitado el 1 de marzo de 2022.

³ Siguiendo a la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial, aprobada el 23 de Noviembre de 2021, entendiéndose por tales, a aquellos sistemas capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control. Véase Apartado I (ámbito de aplicación), artículo 2, de la citada Declaración, disponible en http://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁴ Preámbulo de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial, parágrafo 15. Como se recuerda a lo largo de toda la Declaración [véase por ejemplo, Apartado I (ámbito de aplicación), artículo 4]: “la presente Recomendación se dirige a los Estados Miembros, tanto en su calidad de actores de la IA como de autoridades responsables de la elaboración de marcos jurídicos y reguladores a lo largo de todo el ciclo de vida de los sistemas de IA, así como de la promoción de la responsabilidad empresarial.”

⁵ Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁶ Principio 1.2. Valores y equidad centrados en el ser humano: “a) Los actores de IA deben respetar el estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos durante todo el ciclo de vida del sistema de IA. Estos incluyen la libertad, la dignidad y autonomía, la privacidad y protección de datos, la no discriminación e igualdad, la diversidad, la equidad, la justicia social y los derechos laborales reconocidos internacionalmente.” b) Para ello, los actores de IA deben implementar mecanismos y salvaguardas, como la *capacidad de determinación humana*, que sean adecuadas al contexto y acordes con el estado del arte.” (La cursiva es añadida).

⁷ *Council of Europe Study DGI (2017) 12*, p. 7: “El uso de algoritmos plantea desafíos considerables no solo para el área política específica en la que se operan, sino también para la sociedad en su conjunto. ¿Cómo salvaguardar los derechos hu-

de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, el 8 de abril de 2020⁸, no aparece una sola mención a la dignidad en conexión con los riesgos de la inteligencia artificial. Todas las referencias se hacen en dicho texto a los derechos y libertades fundamentales⁹. Si bien esa actitud parecería lógica desde el punto de vista del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es criticable por cuanto desconoce la importante labor desarrollada en el seno del Consejo de Europa en materia de bioética en conexión con el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales.

5. En efecto, desde principios de la década de los 80, la Organización del Consejo de Europa se ocupa de las cuestiones bioéticas y de sus implicaciones, fundamentalmente a través de las Recomendaciones que periódicamente adopta su Asamblea Parlamentaria y que dirige al Comité de Ministros y a los Estados miembros de este Organismo Internacional. Los trabajos de la Asamblea Parlamentaria pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos: Recomendación 934 (1982) sobre ingeniería genética; Recomendación 1046 (1986) sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales; Recomendación 1100 (1989) sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica; Recomendación 1240 (1994) sobre la protección y patentabilidad del material de origen humano; Recomendación 1425 (1999) sobre biotecnología y propiedad intelectual; o Resolución 1352 (2003) sobre investigación con células madre humanas.¹⁰

6. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también elaboró varios Dictámenes en relación con los borradores de tratados elaborados en el marco de esta Organización. En este sentido, se puede mencionar el Dictamen N° 198 (1996) sobre el proyecto de Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina: Convenio sobre derechos humanos y biomedicina; Opinión No. 202 (1997) sobre el proyecto de Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la prohibición de la clonación de seres humanos; o el Dictamen No. 252 (2004) sobre el proyecto de Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre investigación biomédica.¹¹

7. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha preparado una interesante documentación sobre temas de bioética, algunos ejemplos de los cuales son: la Recomendación N° R (90)3 relativa a la investigación médica en seres humanos, en la que se enumeran aquellos principios llamados a regir la medicina investigación sobre seres humanos; Resolución No. 3 sobre derechos humanos y progreso científico en los campos de la biología, la medicina y la bioquímica, adoptada en la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos celebrada en Viena el 19 y 20 de marzo de 1985; Resolución No. 3 sobre Bioética adoptada en la 17ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos en Estambul del 5 al 7 de junio de 1990; de la Declaración Final resultante de la Segunda Cumbre del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 11 de octubre de 1997, que incluye una referencia explícita a la prohibición de la clonación de seres humanos dentro del punto I “Democracia y Derechos Humanos” de su Plan de Acción fortalecer la estabilidad democrática en los Estados miembros.¹²

8. En conexión a la otra gran Organización en el ámbito europeo, la Unión Europea, es destacable que en el *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo*

manos y la dignidad humana frente a las tecnologías que cambian rápidamente?” Disponible en <https://pace.coe.int/en/pages/artificial-intelligence> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁸ Disponible en <https://rm.coe.int/09000016809e1154> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁹ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570, sometido a diversas modificaciones, la más reciente recogida en el BOE núm. 130, de 28 de mayo de 2010, páginas 46324 a 46335, relativa a la ratificación de su Protocolo Adicional N° 14.

¹⁰ *Texts of the Council of Europe on bioethical matters*, 2014, Vol. I y II, disponible en: [https://www.coe.int/t/dg3/health-bioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20\(2\).pdf](https://www.coe.int/t/dg3/health-bioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20(2).pdf) Visitado el 1 de marzo de 2022.

¹¹ Véase <https://www.coe.int/en/web/bioethics> Visitado el 1 de marzo de 2022.

¹² *Ibidem*.

*orientado hacia la excelencia y la confianza*¹³, se evidencia una cierta ambigüedad con respecto a esta cuestión. Así, por ejemplo, la Comisión incluye en su página 3, una referencia expresa a la dignidad humana no tanto como un derecho fundamental sino como un valor europeo: “Teniendo en cuenta el enorme impacto que puede tener la inteligencia artificial en nuestra sociedad y la necesidad de que suscite confianza, resulta clave que la inteligencia artificial europea se asiente en nuestros valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la privacidad.” Por el contrario, en la página 12 del Libro Blanco, la dignidad aparece considerada como un derecho fundamental: “La Comisión seguirá de cerca las políticas de terceros países que limitan los flujos de datos y hará frente a las restricciones indebidas en las negociaciones comerciales bilaterales y mediante acciones en el contexto de la Organización Mundial del Comercio. La Comisión está convencida de que la cooperación internacional sobre cuestiones relativas a la IA debe basarse en *un enfoque que promueva el respeto de los derechos fundamentales, especialmente la dignidad humana*, el pluralismo, la inclusión, la ausencia de discriminación y la protección de la privacidad y de los datos personales, y se esforzará por exportar estos valores al resto del mundo.” (La cursiva es añadida)

9. Esta interpretación restrictiva del término dignidad, como referida a la persona nacida, está reforzada en la página 14 del Libro Blanco al referirse a los problemas de la IA en unos términos que no dejan lugar a dudas¹⁴ y que, por ello, entran en contradicción con los términos empleados al concretar los riesgos específicos para los derechos fundamentales derivados de la recopilación y el uso de datos biométricos para la identificación remota, por ejemplo mediante la instalación de sistemas de reconocimiento facial en lugares públicos, respecto de los cuáles la Comisión precisa que lo que está en juego es la dignidad de la persona (no la dignidad humana en un sentido amplio).¹⁵

10. En este contexto de incertidumbre, sucintamente presentado, las continuas referencias a la dignidad humana y los derechos humanos a lo largo de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, aprobada el 21 de noviembre de 2021, en su preámbulo, en su apartado II [Fines y objetivos, art. 8.c)] pero sobre todo, en el apartado III.1 [Valores, artículo 13 en conexión con el artículo 16], pueden dar lugar a una falsa impresión de que con este instrumento se está poniendo un dique a posibles abusos de la IA tanto a los derechos y libertades de la persona, como a la dignidad del ser humano.

11. Señala el apartado 13 de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA que: “La dignidad inviolable e intrínseca de cada ser humano constituye la base del sistema universal, indivisible, inalienable, interdependiente e interrelacionado de derechos humanos y libertades fundamentales. Por consiguiente, el respeto, la protección y la promoción de la dignidad humana y de los derechos establecidos por el Derecho internacional, en particular, el Derecho internacional de los derechos humanos, son esenciales a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA. La dignidad humana tiene que ver con el reconocimiento del valor intrínseco e igual de cada ser humano, con independencia de su raza, color, ascendencia, género, edad, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional, étnico o social, condición económica o social de nacimiento, discapacidad o cualquier otro motivo.”

¹³ COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf Visitado el 1 de marzo de 2022.

¹⁴ “A. DEFINICIÓN DE LOS PROBLEMAS. Aunque la IA puede ofrecer muchas ventajas, por ejemplo, mejorando la seguridad de los productos y los procedimientos, también puede resultar nociva. Los daños pueden ser tanto materiales (para la seguridad y la salud de las personas, con consecuencias como la muerte, y menoscabos al patrimonio) como inmateriales (*pérdida de privacidad, limitaciones del derecho de libertad de expresión, dignidad humana, discriminación en el acceso al empleo, etc.*) y pueden estar vinculados a una gran variedad de riesgos. El marco regulador debe centrarse en cómo minimizar los distintos riesgos de sufrir daños, especialmente los más significativos.” (La cursiva es añadida)

¹⁵ Nota a pie 57, en página 27 del Libro Blanco: “Por ejemplo, la dignidad de las personas. Con relación a este aspecto, los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales son parte primordial de la preocupación en torno a los derechos fundamentales cuando se utiliza la tecnología de reconocimiento facial. Tiene, además, un efecto fundamental en el derecho a la no discriminación y los derechos de grupos específicos, como los niños, las personas mayores o las personas con discapacidad. Además, no deben socavarse los derechos de expresión, asociación y reunión mediante el uso de esta tecnología.”

12. El párrafo que se ha querido reproducir literalmente por su importancia, evidencia que la definición de dignidad humana manejada en este instrumento es muy restrictiva, en tanto que se refiere a la dignidad de una persona humana ya nacida, y por tanto no válida para valorar las cuestiones éticas que pueden derivarse de las aplicaciones de la IA en el campo de la experimentación embrionaria humana. A mayor abundamiento, el apartado 15 de la misma Recomendación dispone que: “Las personas pueden interactuar con los sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida y recibir su asistencia, por ejemplo, para el cuidado de las personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, incluidos, entre otros, los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad o los enfermos. En el marco de esas interacciones, las personas nunca deberían ser cosificadas, su dignidad no debería ser menoscabada de ninguna otra manera, y sus derechos humanos y libertades fundamentales nunca deberían ser objeto de violación o abusos.”

13. Ante esta redacción, no cabe sino preguntarse ¿por qué habría que evitar la cosificación de una persona humana ya nacida por parte de los sistemas de IA y no hacer lo mismo respecto de una persona humana en formación aún no nacida? Es una cuestión que merece una respuesta desde el Derecho, no sólo porque ya ha sido objeto de análisis a propósito de las implicaciones derivadas del respeto de la dignidad humana tratándose de la investigación y experimentación embrionaria humanas¹⁶, sino esencialmente, porque en el estado actual de los avances científicos y tecnológicos, con los embriones somáticos gestados en úteros sintéticos monitorizados por sistemas de IA, las respuestas que hemos avanzado hasta ahora pueden no ser suficientes para afrontar los riesgos y desafíos derivados de la IA aplicada a la clonación reproductiva o con fines terapéuticos, tales como la obtención de “piezas de repuesto” para nuestros envejecidos o enfermos cuerpos.

II. Crítica a la Recomendación de la UNESCO de 2021 sobre la ética en la IA y su conexión con los derechos humanos: la falta de concreción conceptual de la dignidad humana

14. Se ha avanzado en el epígrafe anterior una de las ideas-eje de este estudio: que el concepto de “dignidad humana” recogida en los principales instrumentos internacionales para una ética de la IA que sea respetuosa desde el punto de vista de los derechos humanos, no es satisfactoria desde el punto de vista de los riesgos que para la investigación embrionaria humana con fines de clonación –tanto reproductiva como terapéutica- se plantean. En este apartado se consideran esas insuficiencias detectadas también a nivel doctrinal.

15. De entrada, ha de ponerse de manifiesto que para los que nos dedicamos al Derecho Internacional, es posible encontrar razones a favor y en contra de la IA. Frente los autores que defienden las posibilidades de la aplicación sin restricción de los sistemas de IA al Derecho internacional, tanto público¹⁷ como privado¹⁸, se posicionan quienes se fijan en los riesgos más que en sus posibles beneficios.¹⁹ Ese debate, que está lejos de cerrarse, se manifiesta de igual modo en lo que concierne a las implicaciones positivas y negativas de los sistemas de IA para los derechos humanos y la dignidad. Así, por ejemplo, en el documen-

¹⁶ Tanto por parte del Grupo Europeo de Ética para las Ciencias y las Nuevas Tecnologías, cuyos trabajos pueden consultarse en https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/support-policy-making/scientific-support-eu-policies/ege_en Asimismo, en el ámbito del Consejo de Europa, puede citarse la labor de su Comité de Bioética (consultable en <https://www.coe.int/en/web/bioethics/home>) Lo mismo es predicable en relación con la UNESCO (<https://en.unesco.org/partnerships/partnering/bioethics>)

¹⁷ ABHIVARDHAN, “The Wider Realm to Artificial Intelligence in International Law”, 2018, en https://www.researchgate.net/publication/324454009_The_Wider_Realm_to_Artificial_Intelligence_in_International_Law Visitado el 1 de marzo de 2022.

¹⁸ Véase: D. J. SVANTESSON, “A vision for the Future of Private International Law and the Internet –Can International Intelligence Succeed Where Humans Have Failed?”, *Harvard Journal of International Law*, 2019, publicado on line en apartado *Perspectives* y disponible en: <https://harvardilj.org/2019/08/a-vision-for-the-future-of-private-international-law-and-the-internet-can-artificial-intelligence-succeed-where-humans-have-failed/> Visitado el 1 de marzo de 2022.

¹⁹ M. MAAS, “International Law Does Not Compute: Artificial Intelligence and The Development, Displacement or Destruction of the Global Legal Order”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 20, 2019, pp. 1 a 20. Documento Disponible en: https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0005/3144308/Maas.pdf Visitado el 1 de marzo de 2022.

to “Governing Artificial Intelligence: Upholding Human Rights and Dignity” elaborado por el instituto de investigación no gubernamental *Data and Protection*²⁰ la primera vez que aparece el término “dignidad humana” en conexión con la IA (p. 5 del informe) se acompaña de una nota a pie de página muy significativa en la que se asume como muy controvertida, a nivel doctrinal, la cuestión relativa a la definición de dignidad humana, de modo que se deja fuera del informe –al tiempo que se reconoce que el concepto de dignidad humana es un tema muy importante para el trabajo futuro. Coincidente con otros instrumentos relativos a la conexión entre IA y los derechos humanos, se asume la definición de dignidad humana que puede extraerse de la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los principales tratados de derechos que vinculan los derechos humanos, la dignidad y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; esto es, respecto de personas humanas ya existentes.

16. En otro documento significativo relativo a la conexión entre los sistemas de IA y los derechos humanos, *Directrices éticas para una IA fiable*, elaborado en 2019 por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, dependiente de la Comisión Europea, cuando se enuncia (p. 13, párrafo 41) el principio de la dignidad humana afirmando que “la dignidad humana contiene en sí la idea de que todo ser humano posee un *valor intrínseco* que jamás se debe menoscabar, poner en peligro ni ser objeto de represión por parte de otros (ni de las nuevas tecnologías, como los sistemas de IA)” se aprecia una similar aproximación al concepto de dignidad humana –limitando ésta a los seres humanos ya nacidos-, que además viene a corroborar la inclusión aclaratoria en la nota a pie nº 20, según la cual, «para comprender el concepto de dignidad humana utilizado en este documento, véase E. Hilgendorf, “Problem Areas in the Dignity Debate and the Ensemble Theory of Human Dignity”, en D. Grimm, A. Kemmenger, C. Möllers (eds.), *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*, 2018, pp. 325 y ss.»

17. En este mismo sentido puede verse un estudio publicado recientemente por la Agencia Europea para los Derechos Humanos (FRA), y en el que puede leerse: “A la hora de utilizar la IA, se debe considerar una gran variedad de derechos que varían en función de la tecnología y el ámbito de utilización. Además de los derechos relativos a la privacidad, la protección de datos, la igualdad y la no discriminación, y el acceso a la justicia, podrían considerarse otros derechos, como, por ejemplo, la dignidad humana, el derecho a la seguridad social y la asistencia social, el derecho a una buena administración (especialmente relevante para el sector público) y la protección de los consumidores (particularmente importante para las empresas). En función del contexto de utilización de la IA, deberá considerarse cualquier otro derecho protegido por la Carta.”²¹ Esto es, la consideración de la dignidad humana que se emplea en este instrumento –coincidente con otros reseñados- es la de la dignidad de la persona humana, no del ser humano.

18. Esta aproximación a nivel doctrinal, complementaria a la realizada en el epígrafe primero a los principales textos internacionales reivindicando una aproximación ética a los sistemas de IA, permite concluir que si algo caracteriza a la regulación de los sistemas de IA es que cada Estado aborda la cuestión de un modo singular, sin coordinación con otros²², más allá de algunos intentos de establecer principios éticos subyacentes a estos sistemas a nivel regional europeo o recientemente en el seno de la UNESCO que, por las razones que desarrollo en los epígrafes siguientes, nos parecen claramente insuficientes.

19. En la Recomendación de la UNESCO se aprecian varias evidencias de que se ha optado por un concepto restrictivo de la dignidad humana, de manera que protege la dignidad de la persona pero no del ser humano. Véanse, por ejemplo, que los ámbitos de acción política que se enuncian en la Recomendación para vehicular la puesta en práctica por parte de los Estados de los valores y principios

²⁰ Elaborado por M. LATONERO (octubre de 2018). Puede consultarse en su web www.datasociety.net/library/governing-artificial-intelligence/ Visitado el 1 de marzo de 2022.

²¹ FRA, *Construir correctamente el futuro. La Inteligencia Artificial y los derechos fundamentales* (2021), p. 5, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights> visitado el 1 de marzo de 2021.

²² Véase A. ATABEKOV y O. YASTREBOV, “Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move”, *European Research Studies Journal*, 2018, Vol. XXI, Nº 4, pp. 773-782.

enunciados en la misma, aluden a los derechos humanos pero no a la dignidad humana, pese a las referencias conjuntas a sendos términos presentes en el preámbulo de este instrumento. Así, por ejemplo, en el ámbito de actuación 1 “Evaluación del impacto ético”, se afirma expresamente que “las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos deberían formar parte de los aspectos éticos de las evaluaciones de los sistemas de IA” (apartado 52 de la Recomendación).

20. Asimismo, nótese que el enunciado del último ámbito de actuación contemplado (“Salud y bienestar”) supone un cambio con respecto a la propuesta preparada por el equipo de trabajo encargado de presentar un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la IA²³. En dicha propuesta se hablaba de la IA, las ciencias de la vida y la salud (apartados 39 a 42 de la misma). Tal cambio no parece casual pues de los diez párrafos dedicados en la Recomendación de la UNESCO a desarrollar este ámbito de actuación no aparece una sola referencia a la dignidad humana ni a la bioética (sólo a los derechos humanos), a diferencia de lo que el grupo de trabajo presentó en su estudio preliminar: “la conexión entre la IA y la bioética” (apartado 39) así como las “implicaciones de la IA para la cuestión de lo que significa ser humano” (apartado 42). Al hacerlo, la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA se distancia del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo)²⁴ que distingue entre “persona” (cada individuo) y “ser humano” (término comprensivo de la vida humana en todas sus formas) en su preámbulo²⁵ y en su artículo primero²⁶.

21. La actitud de la UNESCO se enmarca en un contexto más amplio de incertidumbres y contradicciones que abogan por una clarificación en beneficio del principio de seguridad jurídica. Así, por ejemplo, al firmar el Protocolo Adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos humanos, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002²⁷, los Países Bajos introdujeron una declaración interpretativa por la que dejaban clara cuál era su interpretación del concepto “dignidad del ser humano” que aparecía en el artículo 1 de dicho Protocolo en los siguientes términos: “Las Partes en el presente Protocolo protegerán a la persona en su dignidad y su identidad y le garantizarán, sin discriminación, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a los trasplantes de órganos y de tejidos de origen humano”. Los Países Bajos dejaban constancia expresa de que la dignidad aludida en esta disposición estaba referida exclusivamente a un ser humano individual; esto es, se trataba de la dignidad de quien ha nacido.

22. Pienso que esta interpretación es incongruente con el Convenio de Oviedo –del que el Protocolo Adicional es secundario– y coincide con las críticas que desde la doctrina se han formulado al respecto.²⁸ Pese a todo, la interpretación defendida por los Países Bajos de restringir la protección de

²³ UNESCO, Documento 206 EX/42, Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial, aprobado por la Conferencia General de la Organización el 30 de julio de 2019. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000369455_spa Visitado el 1 de marzo de 2022.

²⁴ BOE nº 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-36830.

²⁵ Párrafo 10 de su preámbulo: “Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad.”

²⁶ Artículo 1. Objeto y finalidad: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.” A mayor abundamiento, añade el artículo 2. Prima-cía del ser humano: “El interés y bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.” Nótese que se emplea el término “ser humano” y no el de “seres humanos” como sinónimo de “personas”.

²⁷ BOE núm. 25, de 29 de enero de 2015, pp. 6977 a 6985.

²⁸ Véase, por ejemplo, Requena Casanova quien piensa que el término “persona” en el Convenio de Oviedo es usado de un modo similar a como hace el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 11 de noviembre de 1950, como sujeto de derecho y, por tanto, con derechos y obligaciones. En cambio, en opinión de este autor, el término “ser humano” alude en el Convenio de Oviedo a la vida en todas sus formas y, como tal, protege la dignidad e identidad del embrión humano en todo momento de su formación, de una manera coherente con el artículo 13 de dicho Convenio que prohíbe las manipulaciones que alteren el patrimonio genético de dichos embriones. M. REQUENA CASANOVA, “Nota

la dignidad humana sólo a las personas ya nacidas, fue acogida por la Unión Europea cuando aprobó la Carta de Derechos Fundamentales²⁹. Véase que dentro del Capítulo I “Dignidad”, la referencia a los derechos humanos frente a la clonación humana no aparece en el artículo 2 (Derecho a la vida) sino en el artículo 3 (Derecho a la integridad física)³⁰.

23. Esto podría haber terminado por zanjar la cuestión. Sin embargo, estamos lejos de haber escrito el último capítulo de esta historia considerando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, de 18 de octubre de 2011, en el asunto *C-34/10 Oliver Brüstle contra Greenpeace ev*³¹, en especial, considerando sus párrafos 33 y 34, leídos a la luz del párrafo 96 de las conclusiones del Abogado General, de 10 de marzo de 2011 en el caso, cuando expresamente señaló que “la dignidad humana es un principio que debe aplicarse no sólo a la persona humana existente, al niño nacido, sino también al cuerpo humano desde el primer estadio de su desarrollo, es decir, de la fecundación.” Considerando esta sentencia habría que admitir, al menos, que no es indiscutible la afirmación según la cual la protección de la dignidad humana es sólo predicable respecto de la persona humana, con exclusión de la persona humana en formación (en estado embrionario). Y esta duda razonable acerca de lo que ha de entenderse por dignidad humana cobra todo su sentido en relación con los úteros sintéticos monitorizados mediante sistemas de inteligencia artificial en la medida en que existe un riesgo de que el ser humano sea considerado como una mercancía o producto, de un modo claramente contrario al concepto de dignidad humana presente en el Convenio de Oviedo.³²

III. Los desafíos de la IA para la investigación embrionaria humana a la luz de la doctrina del deslizamiento

24. La doctrina del deslizamiento, en términos sucintos, asume que una vez que se admite una excepción a la regla general, la siguiente excepción será aún mayor de modo que, de una manera imparable, terminará por erosionar la regla existente hasta hacerla desaparecer. Este es el principal temor de quienes critican el eventual derecho absoluto de los padres a potenciar a su descendencia eliminando genes no deseados o introduciendo otros “a elección”. Uno puede suponer que la mejora del embrión humano podría ser socialmente aceptable en algunos casos, aparte de las enfermedades hereditarias para las que no hay cura, como algunos tipos de cáncer. Existe la posibilidad, sin embargo, de que una vez abierta la puerta, nada pueda evitar una de las reglas de oro del libre mercado: “lo que quieras te lo vendo”. Así, los padres que deseen alcanzar alguna idea de perfección humana en sus descendientes tendrán que gastar mucho dinero, demasiado para no querer arruinar en el futuro a su descendencia estando con personas que no han sido mejoradas genéticamente. Por lo tanto, la división de la sociedad aumentará constantemente.³³

sobre la ratificación por España del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LI, 1999, p. 796.

²⁹ DOCE C364/1.

³⁰ Cuyo tenor es el siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán, en particular, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; la prohibición de prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; la prohibición de la clonación reproductiva de seres humanos.”

³¹ Relativo a si era o no conforme a la Directiva 98/44/EC una solicitud de patente de obtención de células progenitoras neuronales a partir de células madre embrionarias obtenidas de embriones humanos creados a tal fin y que serían destruidos en el proceso.

³² Siguiendo a autores como Ruiz Miguel, considero que la dignidad debe proteger también a los embriones humanos en la medida en que, como apunta este autor, todo ser dotado de genoma humano diferenciado ha de ser considerado como ser humano. C. RUIZ MIGUEL, “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, *Estudios de Derecho Judicial. Monográfico: Genética y Derecho*. Consejo General del Poder Judicial, 2001, N° 36, p. 40.

³³ Sobre la doctrina del deslizamiento en el ámbito de la investigación embrionaria humana véase: A. RUÍZ DE LA CUESTA, “El debate doctrinal sobre el principio de la protección de la vida humana: una lectura crítica desde la concepción gradualista o progresiva”, en AA.VV.: *Marco Jurídico Europeo relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Cizur Menor, Thomson-Reuter Aranzadi, 2012, pp. 23-39.

25. Un tema altamente controvertido en conexión con el principio de la dignidad humana es el relativo al estatus moral del embrión humano. Desde algunas posiciones éticas extremas hay quienes refutan la necesidad de brindar ese debido respeto al embrión humano o, en sentido opuesto, lo consideran como persona, para brindarle la mayor protección posible. La mayoría de los autores, sin embargo, comparten la necesidad del debido respeto a los embriones que no pueden ser considerados como meros objetos ni como personas titulares de derechos. Sin embargo, todos discrepan al determinar qué significa “debido respeto” en este contexto. En términos muy concisos, la tesis mayoritaria considera la personalidad como una cuestión de grado, por lo que la pregunta es si la personalidad potencial es moralmente significativa. Desde hace años se viene defendiendo restringir la personalidad moralmente relevante solo a la potencialidad activa, en los últimos meses de gestación humana. Sin embargo, autores como Michael Tooley apuntan que existe una potencialidad plenamente activa si en un útero artificial, en el que se introduce un óvulo no fertilizado junto con un espermatozoide, un dispositivo asegura que la fertilización se produzca pronto y que, si no hay interferencia, el resultado sea la aparición, dentro de nueve meses, de un bebé humano normal, que luego recibirá la atención adecuada para que pueda seguir desarrollándose. Esta situación implica, en su opinión, una potencialidad plenamente activa con las consideraciones morales a favor y en contra que pudieran suscitarse en caso de que se decidiese apagar dicha máquina en un momento temprano de la gestación artificial, con el resultado de la destrucción de una potencialidad completamente activa para la personalidad de ese embrión, comparable a la destrucción de una persona.³⁴

26. Conscientes de la controversia que rodea al estatus moral de la personalidad potencial, otros autores como Bonnie Steinbock, prefieren afirmar que los embriones extracorpóreos muy tempranos no tienen estatus moral sino valor moral, por lo que cualquier embrión humano debe ser respetado y no puede ser tratado como “cosas” sin importancia moral.³⁵ La distinción que este autor propone entre estatus moral y valor moral se refiere al tipo de razones invocadas para tal respeto: mientras que en el estatus moral, la protección del respeto proviene de su interés o bienestar, en el valor moral esto no es posible porque los embriones humanos en sus primeras fases (preembriones hasta el 14º día) son seres no sensibles (como obras de arte, robles antiguos, áreas silvestres, etc.) La conclusión inevitable, por lo tanto, es que el debido respeto a los embriones humanos como forma de vida humana se asegura usándolos únicamente para fines moralmente significativos, como permitir que las personas infértiles se conviertan en padres y en la investigación que podría curar enfermedades devastadoras o salvar vidas.³⁶

27. Para superar esta polémica, los autores españoles han abogado por una nueva conceptualización jurídica más allá de la definición biológica del embrión.³⁷ El Profesor De Miguel Beriain, por ejemplo, mantiene la descripción del embrión como una célula o grupo de células capaces de auto desarrollarse hasta dar origen a una persona y que se encuentran en las condiciones idóneas para hacerlo.³⁸ Tal definición parece especialmente útil en el caso de la transferencia nuclear de células somáticas en España porque la definición actual incluida en el artículo 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica en España³⁹, puede ser así coherente con el artículo 18.2 del Convenio sobre Bio-

³⁴ M. TOOLEY, “Personhood”, in *A Companion to Bioethics*, H. KUHSE y P. SINGER (eds.), 2nd ed., 2009, Oxford, Wiley-Blackwell, pp. 135-136. Otros autores, como Ronald Lindsay, llegan a una conclusión similar cuando evidencia que a través de la transferencia nuclear a un óvulo, una célula somática puede expresar su potencial para transformarse en un embrión que está latente en sus genes pero que ha sido suprimido. Cada célula somática en el cuerpo de una persona humana tiene el mismo estatus moral que la persona misma, porque cada célula tiene el potencial de convertirse en una persona, tal como lo hace el embrión. R. LINDSAY, *Future Bioethics*, 2008, New York, Prometheus Books, p. 258.

³⁵ B. STEINBOCK, “Moral Status, Moral Value and Moral Embryos: Implications for Stem Cell Research”, *The Oxford Handbook of Bioethics*, B. STEINBOCK (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 433.

³⁶ B. STEINBOCK, “Moral Status, Moral Value and Moral Embryos: Implications for Stem Cell Research”, *op. cit.*, p. 438.

³⁷ Í. DE MIGUEL BERIAIN, “El embrión humano después de Dolly: Nuevas pautas para nuevos tiempos”, *Law and Human Genome Review*, Vol. 29, 2008, p. 45.

³⁸ *Ibidem*, p. 63.

³⁹ Ley 14/2007 de investigación biomédica en España (BOE nº 159 de 4 de julio de 2007).

medicina y Derechos Humanos, por el que se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de investigación.⁴⁰

28. Como afirma el Profesor De Miguel Beriain, tal definición puede ser útil para evitar un debate sobre la transferencia nuclear de células somáticas. Esta técnica, al no crear “embriones humanos” según la definición legal de embrión humano, hace innecesaria la discusión. Otra forma de ver esta definición, sin embargo, es que plantea la necesidad de enfrentar un día el dilema -donde nacerá una persona mediante esta técnica- de si aceptar a esa persona no es humana por no haberse originado nunca como un “embrión humano” o bien aceptando la incongruencia (y la ilegalidad) de la regulación española de embriones humanos que sólo confiere protección a una categoría posible de embriones humanos.⁴¹

29. La discusión puede parecer intrascendente de no ser porque ese día ya ha llegado. La aplicación de la inteligencia artificial a la investigación sobre la clonación humana -de lo cual los úteros artificiales creados en China son sólo un ejemplo- supone correr el riesgo de banalizar la vida humana y de ser contraria a la dignidad humana en el sentido de que los seres humanos pueden ser considerados como mercancías y artefactos. Estamos ante una factoría de piezas de repuesto proporcionadas por entes gestados en cubetas artificiales supervisadas por una inteligencia artificial, que serían desarrollados hasta el estado necesario para la extracción del material requerido (órganos, tejidos, células, etc.) y que no debería plantear dilema moral o legal alguno puesto que no son seres humanos (originados por un embrión humano) sino seres embrioides (originados mediante otras técnicas como la transferencia nuclear de ovocitos) a pesar de que sea imposible diferenciarlos por su apariencia externa.

30. A la pregunta de cómo estaría influyendo los sistemas de IA en la teoría del deslizamiento aplicada a la investigación embrionaria humana, puede decirse lo siguiente. El Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo) establece en su artículo 10.2 la prohibición de experimentación con embriones humanos creados a tal fin; al mismo tiempo permite en su artículo 18 la experimentación con técnicas como la transferencia nuclear de células somáticas a óvulos enucleados. Es decir, el alcance de la prohibición es la creación de embriones humanos, resultado de la fecundación de un óvulo con un espermatozoide; no así la creación de embriones somáticos, mediante la técnica de transferencia nuclear de células madre combinada con la reprogramación celular.⁴²

31. Tras la novedad de los embriones somáticos, poco después apareció –siguiendo la teoría del deslizamiento- la autorización en Reino Unido en septiembre de 2007 de la investigación y experimentación con embriones híbridos; esto es, embriones que son resultado de la unión de material biológico de dos especies distintas (humana y animal).⁴³ Recientemente, en prensa se dio noticia del primer trasplante de corazón de cerdo a un humano, algo que no hubiera sido posible sin el paso previo de la experimentación con embriones híbridos⁴⁴.

32. En mayo de 2021 la Sociedad Internacional para la Investigación con Células Madre (ISSCR por sus siglas en inglés) publicó nuevas directrices que indican que podría ser permisible estudiar em-

⁴⁰ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997, BOE nº 251, de 20 de octubre de 1999.

⁴¹ Í. DE MIGUEL BERIAIN, “El embrión humano después de Dolly: Nuevas pautas para nuevos tiempos”, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁴² Esta distinción entre embriones humanos y embriones somáticos es asumida por la mayoría de las legislaciones nacionales, como la Ley 14/2007 de investigación biomédica en España (BOE nº 159 de 4 de julio de 2007), véase el epígrafe III de su Preámbulo y su artículo 33. En el mismo sentido ha de verse la Ley andaluza 1/2007 de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica (BOE nº 89 de 13 de abril de 2007).

⁴³ Esta medida, autorizada con carácter provisional a investigadores de la Universidad de NewCastle para hacer frente a la escasez de óvulos, fue confirmada mediante una ley de 19 de mayo de 2008 del Parlamento Británico con límites estrictos: no podrían implantarse en el útero de ninguna mujer o animal y debían destruirse en un plazo de catorce días a contar desde su creación.

⁴⁴ Véase la noticia publicada el 10 de enero de 2022 en el diario *El País*: “Trasplantado con éxito por primera vez un corazón de cerdo a un hombre”, en el que se informaba que un equipo de cirujanos de la Universidad de Maryland había realizado con éxito la pionera operación, de ocho horas de duración, a un paciente de 57 años con una severa enfermedad cardíaca. Hay que señalar que la persona que recibió este trasplante falleció dos meses después.

briones humanos vivos durante más tiempo del que hasta ahora se consideraba éticamente aceptable (hasta el 14º día desde su formación)⁴⁵. Esta organización no gubernamental de carácter científico, ha venido publicando pautas y estándares relativos a la investigación con células madre y su aplicación clínica. A sus primeras directrices publicadas en 2006 referidas a las células embrionarias humanas (hESCs), siguieron otras en 2008 y 2016, relativas a la medicina regenerativa con células madre y a la investigación y usos de las células madre pluripotentes inducidas (iPS). Ahora, en su actualización de 2021⁴⁶ se recogen los avances en el cultivo de embriones humanos y de los modelos de desarrollo embrionario derivados de células madre, tanto de entidades similares a embriones como estructuras similares a órganos específicos (organoides) y se justifica la ampliación de los catorce días para cualquier posible experimentación en el hecho de que la investigación con embriones humanos podría no referirse sólo a las células madre o a líneas de células madre sino a análisis de células individuales, a la modificación del genoma o al quimerismo de embriones⁴⁷.

33. Como han señalado quienes comentan estas nuevas directrices, subyacente a este cambio puede estar una evolución respecto de lo que ha pasado a ser considerado como permisible, tanto en la investigación como en las posibles aplicaciones clínicas⁴⁸. No parece casual, por lo tanto, que la Organización Mundial de la Salud publicase dos informes el 12 de julio de 2021⁴⁹ en los que recogía nuevas recomendaciones sobre la edición del genoma humano en pro de la salud pública. En particular, en relación a los desafíos científicos, éticos, sociales y legales asociados con la edición del genoma humano (somático, de línea germinal y hereditario) derivados a la aplicación de nuevas herramientas como CRISPR-Cas9, para editar el genoma humano con la intención de tratar o prevenir enfermedades.⁵⁰

34. El más reciente eslabón de esta cadena de sucesos que se explican a partir de la teoría del deslizamiento, la ofrece la noticia de la que se ha hecho eco la prensa de todo el mundo: la publicación en una revista científica con revisión por pares de la creación en China de úteros sintéticos en los que un sistema de inteligencia artificial monitoriza un dispositivo de cultivo de embriones de ratón a largo plazo en unas cubetas de líquidos nutrientes. Gracias a este sistema de IA, una máquina supervisa en todo momento la evolución de cada embrión, detectando defectos graves o cigotos inviables, procediendo directamente a su eliminación. Se argumenta que no se trata de un útero artificial completo ya que a los embriones de ratón utilizados hasta el momento, no se les ha permitido completar su desarrollo hasta llegar al nacimiento.

IV. Indefensos ante los nuevos desafíos de la IA aplicada a la investigación embrionaria: los úteros sintéticos y la fabricación en serie de cuerpos embrioides

35. La investigación con embriones humanos está orientada principalmente hacia la medicina regenerativa que promete un floreciente futuro: reparar, reemplazar o regenerar células, tejidos u órga-

⁴⁵ R. LOVEL-BADGE (*et al.*): “ISSCR Guidelines for Stem Cell Research and Clinical Translation: the 2021 update”, *Stem Cell Reports*, vol. 16, núm. 6, de 8 de junio de 2021.

⁴⁶ Que pueden consultarse en su web <https://www.isscr.org/guidelines> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁴⁷ Entre otras razones para extender el periodo de cultivo de embriones humanos figura, además, el proporcionar material de control contra el cual validar modelos de embriones basados en células madre, que si tienen éxito, reduciría la necesidad futura de llevar a cabo algunos tipos de investigación directamente con embriones humanos. A. CLARCK (*et al.*): “Human embryo research, stem cell-derived embryo models and in vitro gametogenesis: considerations leading to the revised ISSCR guidelines”, *Stem Cell Reports*, Vol. 16, nº 6, 2021, pp. 1416-1424.

⁴⁸ La ampliación del plazo de los catorce días pretende responder a la presión de permitir la investigación de etapas muy importantes del desarrollo del embrión humano sobre las cuales se sabe poco, pero donde es probable que tengan su origen muchos casos de aborto espontáneo o malformaciones de nacimiento. A. CLARCK (*et al.*): “Human embryo research, stem cell-derived embryo models and in vitro gametogenesis: considerations leading to the revised ISSCR guidelines”, *op. cit.*

⁴⁹ Que pueden consultarse en <https://www.who.int/publications/i/item/9789240030381> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁵⁰ Esta herramienta de “corta y pega” de trozos del genoma humano plantea algunos riesgos como en el caso de la edición del genoma humano de la estirpe germinal, incluso para su transferencia al útero materno, que supone alterar el genoma de los embriones humanos y podría transmitirse a las generaciones siguientes, modificando de modo irreversible, los rasgos de los descendientes futuros.

nos, todo ello destinado a restaurar las funciones deterioradas por cualquier causa, incluidos defectos congénitos, enfermedades, traumatismos o el simple envejecimiento. Vivir para siempre, o casi para siempre, y en un envidiable estado de permanente juventud. ¿Quién puede resistirse a esta tentación? Es evidente que la medicina regenerativa utiliza una combinación de varios enfoques tecnológicos (terapia génica, trasplante de células madre, ingeniería de tejidos, reprogramación de células y tejidos, entre otros) que tienen en común su polémica ética.

36. Si bien puede pensarse que se busca avanzar en las técnicas de clonación terapéutica que busca la obtención de órganos de reemplazo⁵¹, no es descartable la finalidad de clonación reproductiva⁵² pese a que parece existir, por el momento, un consenso generalizado que prohíbe dicha práctica.

37. La ventaja de utilizar úteros artificiales, denominados “dispositivos de cultivo de embriones a largo plazo” para gestar seres humanos son evidentes: permitir llevar embarazos a término en personas que deseando ser padres no pueden hacerlo más que por vía de la adopción o por la polémica gestación por subrogación⁵³, tratándose de hombre homosexuales y mujeres transgénero⁵⁴. Desde el punto de vista médico, ha de señalarse que el nacimiento de un bebé prematuro es tan arriesgado que, de los quince millones que nacen cada año en el mundo, cerca de un millón muere poco después.⁵⁵ Como destaca Paloma Recuero, “una IA entrenada con cientos de imágenes de embriones es capaz de predecir cuáles de ellos prosperarán con una tasa de precisión sin precedentes de un 85%. Esto se traduce, no sólo en una reducción del riesgo de dañar el embrión al hacer innecesarias las inspecciones microscópicas sino también en un incremento del porcentaje de mujeres que podrían ser madres gracias a estos tratamientos.”⁵⁶

38. Es un paso significativo pues se están llevando embriones a la fase de feto con úteros artificiales supervisados mediante sistemas de IA con la intención de llevar a término un “embarazo” ex corpóreo. De momento esta experimentación sólo se está produciendo con ratones, pero nada impide pensar que se quede ahí, ante la ausencia de una regulación internacional más allá de algunas Declaraciones y Documentos de valor simbólico que puedan ser calificadas como representativa de una legislación internacional, ni por el contenido de sus disposiciones, ni por los sujetos que se declaran vinculados por ellas.

V. La necesaria regulación de la IA aplicada a la investigación embrionaria humana como una cuestión de interés general de la comunidad internacional

39. Los desafíos de la IA aplicados a la investigación embrionaria humana no se refieren solo a la cuestión de la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales que podrían estar en peligro con estas biotécnicas. Está también en juego la cuestión de los propósitos de cualquier investigación con embriones humanos, es decir, si ésta debe hacerse en beneficio de la humanidad en general o sólo para

⁵¹ De hecho, en 2019 investigadores chinos cultivaron en el interior de un útero sintético un feto de mono, desde la fertilización del óvulo hasta la fase de formación de órganos.

⁵² Según se cuenta en prensa, la población china apenas aumenta en medio millón de individuos, siendo éste su ritmo más bajo en seis décadas. Frente a 12 millones de alumbramientos en China en 2020, en 2021 sólo se alcanzaron 10,62 millones, constituyendo la quinta caída anual consecutiva y la cifra más baja desde el final de la Guerra civil en 1945. J. SANTIRSO, “Los embriones del futuro en China: úteros sintéticos supervisados con inteligencia artificial”, ABC, noticia publicada el 15 de febrero de 2022.

⁵³ Sobre el tema puede verse: “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho constitucional*, N° 113, 2018, págs. 103-130.

⁵⁴ A. MARTÍN, “Un útero artificial y una niñera robot: ¿el futuro de la reproducción humana?” Publicado en hipertextual el 4 de febrero de 2022. <http://hipertextual.com/2022/02/utero-artificial-ninera-robot-inteligencia-artificial> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁵⁵ “Así es el primer útero artificial que permitirá renacer a los bebés (y en qué se diferencia de la incubadora)”, Editorial publicado el 17 de octubre de 2019 por el noticiario BBC.com <http://bbc.com/mundo/noticia-50068965> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁵⁶ P. RECUERO DE LOS SANTOS, “La Inteligencia Artificial: una auténtica revolución en el mundo de la fecundación in vitro”, puede consultarse en <https://blogthinkbig.com/autor/palomarecuero> Visitado el 1 de marzo de 2022.

favorecer a un grupo de personas. La investigación con embriones humanos es un negocio floreciente hasta el punto de que se habla de “bioeconomía”.⁵⁷ Las patentes biotecnológicas se otorgan principalmente en países desarrollados porque los países en desarrollo, al carecer de infraestructura para apoyar el uso de tecnologías modernas, no tienen capacidad para innovar en esta área.⁵⁸ La Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano, que fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁵⁹ establece claramente que debe establecerse un marco internacional para que los beneficios de la investigación sobre el genoma estén disponibles para todos.

40. Desde una perspectiva de Derecho Internacional público, nuestra forma de ver el problema podría ser la siguiente: asumir que el genoma humano ha de ser considerado como un recurso al margen de la soberanía estatal y de los actores privados, según los principales instrumentos internacionales, y como un “global common”. En consecuencia, los resultados económicos de cualquier investigación con embriones humanos deberían redundar en beneficio de la humanidad en su conjunto y no de una parte de la comunidad internacional. Esta visión crítica, sin embargo, no es unánime. Autores como Bovenberg y Kinderlerer, retomando los conceptos de *res nullius*, *res communis* y *res publicae* de Hugo Grocio, sostienen que el genoma en sí mismo es propiedad común de la humanidad pero las invenciones o descubrimientos –es decir, el uso de genes para producir productos farmacéuticos o sondas para enfermedades- puede ser de propiedad privada.⁶⁰

41. La regulación normativa de la investigación con embriones humanos, por su propia naturaleza y objeto sustantivo, debe ser doblemente calificada: por un lado, debe tener un fundamento ético en su formulación.⁶¹ Es decir, reconoce que la investigación con embriones humanos puede ser rentable para la sociedad si se traza una línea estricta para que, al avanzar, la tecnología no saque a relucir lo que es moralmente inaceptable para tal sociedad.⁶² Por otro lado, la regulación normativa de la investigación con embriones humanos debe ser de alcance universal, asumiendo principios y valores adecuados para todos los Estados de la Comunidad Internacional en su conjunto.

42. Dos razones apoyarían la necesidad de tal regulación universal. En primer lugar, dadas las diferencias existentes entre los Estados en la actualidad en cuanto a la investigación y experimentación con embriones humanos, es evidente que sin un enfoque internacional cualquier esfuerzo por preservar la dignidad humana y los derechos fundamentales será infructuoso. De lo contrario, siempre será posible encontrar un lugar donde se otorgue impunidad a quienes actúan ilícitamente.⁶³ En segundo lugar, a partir de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y sus instrumentos posteriores, se asume sin duda que la Bioética ya no es un asunto de interés interno de los Estados según el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas.⁶⁴

43. Desde nuestros primeros pasos en el estudio de la regulación internacional en esta materia, siempre se ha defendido –de entre las distintas opciones posibles⁶⁵- la que parece más equilibrada: una

⁵⁷ J. KINDERLERER y D. MILIUS, “The Patent System, Biotechnology and Synthetic Biology”, Annex I a la Opinión N° 25 del Grupo Europeo de Ética para las Ciencias titulada *Ethics of Synthetic Biology* (2010), p. 87.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, Gen. Conf. Res. 29 C/Res.16, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, G. A. Res. 152, UN GAOR, 53rd Sess., UN Doc. A/RES/53/152 (1999).

⁶⁰ J. A. BOVENBERG, “Mining the Common Heritage of our DNA: Lessons learned from Grotius and Pardo”, *Duke Law & Technology Review*, 2008, p. 8. J. KINDERLERER y D. MILIUS, “The Patent System, Biotechnology and Synthetic Biology”, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹ E. H. KLUGE, “Human Genome Research and the Law. The Ethical Basis of International Regulation”, *Annual review of Law and Ethics*, No. 7, 1999, pp. 159-160.

⁶² M. MON POST, “Human Cloning: New Hope, New Implications”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 15, No. 1, 2001, p. 193.

⁶³ A. HAWKINS, “Protecting Human Dignity and Individuality: the Need for Uniformity in International Cloning Legislation”, *The Transnational Lawyer*, Vol. 14, 2001, p. 293.

⁶⁴ En este sentido: N. LENOIR, “Universal Declaration on Human Genome and Human Rights: the First Legal and Ethical Framework at the Global Level”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 30, 1999, p. 577.

⁶⁵ Como señalara la profesora Susan Martyn en 2001: el incentivo de la actividad mediante la financiación gubernamental y

regulación internacional a partir de principios generales⁶⁶, que no deben verse a modo de líneas rojas que no deban ser cruzadas sino, más bien, como el punto de partida de un corpus iuris internacional de geometría variable a partir de un consenso sobre los fundamentos del mismo.⁶⁷ A esos principios generales me refiero, más adelante, en el apartado 61 del presente estudio.

44. Una regulación universal de la bioética y, específicamente, de la investigación con embriones humanos asentada sobre principios y valores que puedan ser compartidos y asumidos por un gran número de Estados de la comunidad internacional es posible aunque no fácil. Es posible, en primer lugar, por ejemplo, considerar la investigación con embriones humanos como una preocupación común de la comunidad internacional en su conjunto, eventualmente de dos maneras: afirmando principios generales que deben ser cumplidos individualmente por cualquier Estado en el mundo⁶⁸ o estableciendo un régimen internacional con sus propios mecanismos e institución para implementar este régimen objetivo.⁶⁹

45. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos ha enfatizado que los desarrollos científicos y tecnológicos “deben buscar siempre promover el bienestar de las personas, familias, grupos o comunidades y de la humanidad en su conjunto...”⁷⁰ y también ha reconocido que las decisiones sobre cuestiones éticas en medicina, ciencias de la vida y tecnologías asociadas “pueden tener un impacto en las personas, familias, grupos o comunidades y en la humanidad en su conjunto”.⁷¹ Por ello, se subraya la necesidad de reforzar la cooperación internacional en este campo, teniendo en cuenta, en particular, las necesidades especiales de los países en desarrollo.⁷² También se afirma que “todos los seres humanos, sin distinción, deben beneficiarse de los mismos altos estándares éticos en la medicina y la investigación en ciencias de la vida.”⁷³ Al respecto, léase el artículo 24 de la Recomendación.⁷⁴ Todo conduce a las mismas preguntas: ¿Cuál es el alcance jurídico de estas consideraciones? ¿Implicarían la base para un régimen internacional en el campo de la investigación con embriones?

la protección de patentes, la abstención reguladora, la regulación normativa por la que se controla y desincentiva una actividad o parte de la misma, y la última opción consistente en la prohibición de cualquier investigación en esta materia. S. MARTYN, “Human Cloning: The Role of Law”, *University of Toledo Law Review*, Vol. 32, 2001, p. 375.

⁶⁶ Véase mi trabajo *International Biolaw*, Laborum, Murcia, 2010. Y recientemente, en el ámbito de la Inteligencia Artificial: “International Lawyers’ Contribution to a Friendly Artificial Intelligence”, en *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, F. LLANO ALONSO y J. GARRIDO MARTÍN, (eds.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 133-152.

⁶⁷ Extrapolaba al plano global la realidad que apreciaba a nivel europeo sobre esta misma cuestión y que reflejaba la Opinión nº 22 preparada en 2007 por el Grupo Europeo de Ética en las Ciencias y las Nuevas Tecnologías, dependiente de la Comisión Europea, en el que se abogaba (ver página 3 de dicho informe) por una investigación a nivel europeo que en esta materia, al menos fuera transparente, orientada a servir al interés público, respetuosa de la autonomía de los Estados de la Unión, que preservase la confianza del público en sus investigaciones, promoviese la cooperación internacional y que se encontrase imbuida de principios éticos. Puede consultarse en https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/support-policy-making/scientific-support-eu-policies/ege_en Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, la proclamación del principio de jurisdicción penal universal con respecto a determinados crímenes contra el Derecho Internacional, tales como las violaciones graves de los derechos humanos fundamentales y de las normas del Derecho Internacional humanitario.

⁶⁹ Con carácter complementario al principio de la jurisdicción penal universal la Comunidad internacional ha establecido la Corte Penal Internacional con jurisdicción material para juzgar a los autores de tales crímenes contra el Derecho Internacional.

⁷⁰ Parágrafo 12 de su Preámbulo.

⁷¹ Parágrafo 14 de su Preámbulo.

⁷² Parágrafo 21 de su Preámbulo.

⁷³ Parágrafo 22 de su Preámbulo.

⁷⁴ “1. States should foster international dissemination of scientific information and encourage the free flow and sharing of scientific and technological knowledge. 2. Within the framework of international cooperation, States should promote cultural and scientific cooperation and enter into bilateral and multilateral agreements enabling developing countries to build up their capacity to participate in generating and sharing scientific knowledge, the related know-how and the benefit thereof. 3. States should respect and promote solidarity between and among States, as well as individuals, families, groups and communities, with special regard for those rendered vulnerable by disease or disability or other personal, societal or environmental conditions and those with the most limited resources.”

46. Como acaba de señalarse, una regulación universal de la investigación con embriones humanos y de la bioética en general, no es tarea fácil. Para tener éxito tiene, en primer lugar, que superar el hecho de que muchos actores diferentes están involucrados en estos temas, no sólo los Estados: Organizaciones Internacionales, grupos privados de personas con fines lucrativos o no lucrativos, comunidad científica, empresas farmacéuticas, etc. En segundo lugar, y como consecuencia, puede ser previsible que llegar a un consenso entre todos estos actores sea bastante difícil o imposible. La distorsión que introducen todos estos actores en cuanto a la regulación de la investigación con embriones humanos, junto con las dificultades para llegar a un consenso sobre valores y principios que los abarquen a todos, bien pueden explicar el alcance del Derecho Internacional que regula la investigación con embriones humanos hasta la fecha. En efecto, no se han adoptado tratados jurídicamente vinculantes a nivel universal sino a nivel regional europeo, que además apenas han sido ratificados. En cambio, se ha preferido la forma de declaraciones suaves generales para el compromiso político en todo el mundo, incluso si el precio a pagar por tal acuerdo general es que muchas de tales declaraciones son demasiado ambiguas y fanfarronadas en sus proclamas. Todos estos hechos no pueden ser ignorados.

47. Existe el gran problema, como punto de partida, de una insuficiente regulación internacional, de “mínimos” debido a la falta de consenso entre los Estados. Ya se ha mencionado cómo la Resolución 39/280 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 8 de marzo de 2005, que lleva anexa la Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, fue aprobada con 85 votos a favor, 34 votos en contra, 37 votos en blanco y con 36 Estados que no participaron en la votación. Una notable diferencia si se le compara, por ejemplo, con la Resolución 217 (III) que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que fue aprobada por ese mismo órgano de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor, ningún voto en contra, 8 abstenciones y con solo 2 Estados ausentes de la votación.

48. Aunque resulta temerario simplificar una cuestión tan compleja como esta, creo que la falta de consenso relativa a la investigación y experimentación con embriones humanos o somáticos, con sus células y derivados, prueba de lo cual es que no existe a día de hoy ningún tratado internacional a escala global que pretenda prohibir, permitir o regular la clonación humana con fines reproductivos y/o terapéuticos, y que en sede de Naciones Unidas sólo pueda citarse la referida Resolución 39/280 de 2005, respondería a un alineamiento en dos bandos antagónicos de Estados: de un lado estarían aquéllos que se posicionan a favor de una ausencia de regulación internacional que pueda limitar la libertad de la ciencia y la rentabilidad económica derivada de la libre comercialización –previa protección jurídica por vía de patentes- de los descubrimientos que puedan realizarse⁷⁵. De otro lado se encuentran los Estados que muestran temor de que una regulación internacional –siquiera fuera de mínimos- pudiera interpretarse como permisiva de una investigación y de un rédito económico del cuerpo humano a partir de unos postulados éticos (el principio de la dignidad humana) o religiosos (atreverse a ser Dios) contrarios a sus creencias y convicciones. A la luz de estas consideraciones pensamos que los sistemas de IA aplicados a la investigación embrionaria humana brindan la oportunidad de avanzar en la construcción de un marco jurídico internacional en este ámbito, que pivote entorno al sistema de Naciones Unidas, y que podría vehicularse a través de la figura de un alto comisionado para el uso responsable de la IA.

VI. ¿Un alto comisionado de Naciones Unidas para el uso responsable de los sistemas de IA?

49. El Panel de Alto Nivel sobre Cooperación Digital, establecido por el Secretario General de Naciones Unidas en julio de 2018 para proponer la cooperación para abordar los desafíos en la era di-

⁷⁵ Véase la noticia publicada en 1919 por Paloma Recuero en el blog ThinkBig (<http://blogthinkbig.com>) titulada: “La Inteligencia Artificial: una auténtica revolución en el mundo de la fecundación in vitro”, en la que daba cuenta de la carrera por parte de entidades como el Imperial College de Londres y la Universidad de Cornell en Estados Unidos por patentar algoritmos aplicados a la medicina reproductiva, en un mercado de aplicaciones de la IA valorado en 7500 millones de dólares.

gital, y que está copresidido por Melinda Gates y Jack Ma, fue asesorado por investigadores del Centro para el Estudio del Riesgo Existencial de la Universidad de Cambridge y el Centro para la Gobernanza de la IA de la Universidad de Oxford en el Instituto del Futuro de la Humanidad.⁷⁶ En el informe preparado por estos académicos, se insistía en que Cualquier régimen sobre IA debería cumplir los siguientes cuatro objetivos: *coordinación*: Para coordinar y catalizar los esfuerzos relacionados con la IA en el marco de los tratados y organizaciones internacionales existentes (tanto agencias especializadas como órganos subsidiarios); *cobertura integral*: para llenar los vacíos existentes en la gobernanza internacional, como el uso de tecnologías de vigilancia habilitadas por IA, guerra cibernética y el uso de IA en la toma de decisiones; *cooperación sobre competencia*: esto es, fomentar la cooperación internacional y la colaboración entre grupos de AI en proyectos para el bien público; y *beneficio colectivo*: para garantizar el desarrollo benévolo y responsable de las tecnologías de IA y la distribución equitativa de los beneficios.

50. A la luz de esos objetivos, proponían tres opciones como componentes de un régimen internacional para la IA: en primer lugar, la creación de un coordinador de los esfuerzos existentes para gobernar la IA y catalizar los tratados multilaterales y agendas para temas pendientes.⁷⁷ En segundo lugar, pensaron en el establecimiento de un Panel Intergubernamental sobre IA (IPAI) y como tercera opción, proponían una Organización de Investigación de las Naciones Unidas sobre IA (UNAIRO), a partir de las contribuciones voluntarias de los Estados, y que tendría como principal tarea centrarse en la creación de tecnologías de IA de interés público, incluso para ayudar a cumplir objetivos internacionales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de 2015.

51. Aun cuando en su informe final, el Panel de Alto Nivel de Naciones Unidas para la Cooperación Digital opta por otras medidas menos institucionalizadas⁷⁸ que las propuestas por los expertos independientes que le asesoraron, de las tres propuestas que presentaron aquéllos, puede considerarse como la mejor la primera. Extrapolando al ámbito de la Inteligencia Artificial el Informe del Secretario General de Naciones Unidas titulado “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”⁷⁹, en el que se hace eco de diversas propuestas referentes a un Alto Comisionado para las generaciones futuras⁸⁰, creo que puede defenderse el establecimiento en seno de Naciones Unidas un alto comisionado para un uso responsable de los sistemas de inteligencia artificial.

52. Al igual que se defendió con respecto de las generaciones futuras⁸¹, un alto comisionado de Naciones Unidas para la IA promovería los objetivos globales de desarrollo y aplicación de los sistemas de IA de un modo acorde con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas; en particular, el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos fundamentales. Alentaría la atención de la comunidad internacional hacia las cuestiones que tienen una importancia crítica para el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

⁷⁶ L. KEMP, P. CIRON, M. MAAS, (et al.) “UN High-level Panel on Digital Cooperation: A Proposal for International AI Governance. UN High-Level Panel on Digital Cooperation”, 2019. Disponible en: <https://www.cser.ac.uk/news/advice-un-high-level-panel-digital-cooperation/> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁷⁷ Siguiendo el precedente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) al sincronizar los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente y facilitar otros nuevos, como la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985. Las nuevas instituciones también podrían unirse bajo un organismo paraguas, como lo hizo la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994 para los acuerdos comerciales.

⁷⁸ Recomendación N° 5B del Informe titulada *The Age of Digital Interdependence*: “We support a multi-stakeholder “systems” approach for cooperation and regulation that is adaptive, agile, inclusive and fit for purpose for the fast-changing digital age.” Disponible en: <https://www.un.org/en/pdfs/DigitalCooperation-report-for%20web.pdf> Visitado el 1 de marzo de 2022. El sitio oficial del Panel de Alto Nivel de Naciones Unidas para la cooperación digital es externo a Naciones Unidas: <https://digitalcooperation.org/> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁷⁹ Doc. A/68/322, de 15 de agosto de 2013.

⁸⁰ Esas propuestas pueden consultarse en www.unesd2012.org/compdocument.html Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁸¹ Párrafo 56 del Informe del Secretario General, Doc. A/68/322, de 15 de agosto de 2013.

53. Se reconoce en la Recomendación aprobada por la UNESCO el 23 de noviembre sobre la ética de la inteligencia artificial una obviedad: las tecnologías de la IA pueden agravar las divisiones y desigualdades existentes en el mundo, dentro de los países y entre ellos, y que es preciso defender la justicia, la confianza y la equidad para que ningún país y ninguna persona se queden atrás, ya sea mediante el acceso equitativo a las tecnologías de la IA y el disfrute de los beneficios que aportan o mediante la protección contra sus consecuencias negativas, reconociendo al mismo tiempo las diferentes circunstancias de los distintos países (...) (L)a economía digital presenta importantes desafíos sociales, económicos y ambientales y ofrece oportunidades de compartir los beneficios especialmente para los países de ingreso mediano bajo, incluidos, entre otros, los países menos adelantados (PMA), los países en desarrollo sin litoral (PDSL) y los pequeños Estados insulares en desarrollo (PEID) que requieren el reconocimiento, la protección y la promoción de las culturas, los valores y los conocimientos endógenos a fin de desarrollar economías digitales sostenibles.⁸² Por ello, concluye el preámbulo de esta Declaración observando que: “es necesario fortalecer la cooperación y la solidaridad mundiales, en particular mediante el multilateralismo, para facilitar el acceso equitativo a las tecnologías de la IA y hacer frente a los desafíos que éstas plantean en culturas y sistemas éticos diversos e interconectados, para reducir la posibilidad de usos indebidos, para aprovechar todo el potencial que la IA puede aportar, especialmente en el ámbito del desarrollo⁸³.

54. Así resulta de modo evidente, en cuanto a la experimentación embrionaria y a utilización de sistemas de inteligencia artificial monitorizando úteros sintéticos que cosifican la vida humana y la equiparan en su dimensión terapéutica como un producto más en el mercado a disposición del mejor postor. La figura de un alto comisionado de Naciones Unidas promovería la integración de cuestiones éticas en las decisiones que pudieran tomarse por parte de todos los actores implicados (Gobiernos, empresas y particulares) en el ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial⁸⁴. Al mismo tiempo, desempeñaría una labor de promoción de los valores que impulsan los avances científicos y tecnológicos en un contexto institucionalizado de cooperación internacional y no de confrontación, en beneficio de toda la humanidad.

55. De modo similar a lo postulado para un eventual alto comisionado para las generaciones futuras⁸⁵, tratándose de los sistemas de IA, entre las facultades y responsabilidades básicas de esta figura, cabría citar las siguientes: a) fijación de prioridades y labor de liderazgo a nivel internacional; b) supervisión, alerta temprana y examen; c) participación pública; d) capacidad de innovación a nivel nacional e infranacional; e) concienciación del público y aportación de pruebas; y f) presentación de informes.

56. Frente a otras opciones alternativas que también se consideraron en el referido informe del Secretario General sobre solidaridad intergeneracional⁸⁶, la opción del alto comisionado para un uso responsable de los sistemas de inteligencia artificial parece la más conveniente, por idénticas razones a las expresadas por el Secretario General en su referido informe de 2013 con respecto a una figura similar para las generaciones futuras: no sólo este alto comisionado actuaría como defensor de una IA responsable (*friendly*, en los términos acuñados en el seno de la Unión Europea)⁸⁷, mediante contactos con los

⁸² Preámbulo de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, párrafos 7 y 8.

⁸³ Preámbulo de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, párrafo 21.

⁸⁴ Es decir, todas las etapas de vida de los sistemas de IA que van desde la investigación, la concepción y el desarrollo hasta el despliegue y la utilización, pasando por el mantenimiento, el funcionamiento, la comercialización, la financiación, el seguimiento y la evaluación, la validación, el fin de la utilización, el desmontaje y la terminación. Véase Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, Apartado I (Ámbito de aplicación), art. 2.b), *op. cit.*

⁸⁵ Párrafo 57 del Informe del Secretario General, Doc. A/68/322, de 15 de agosto de 2013.

⁸⁶ Véase Parás 65 a 67 del mismo: la figura de un enviado especial, la inclusión de un tema al respecto en el programa de un foro político de alto nivel o la coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas por medio de la Junta de los Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas para la coordinación y sus mecanismos, a fin de garantizar la coherencia en materia de políticas dentro del sistema.

⁸⁷ Siguiendo las *Directrices para una Inteligencia Artificial fiable* del Grupo de Expertos de Alto Nivel creado por la Comisión Europea y publicadas en 2019 Disponible en: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines/> Visitado el 1 de marzo de 2022.

Estados miembros y otras partes interesadas, así como entre las entidades y los organismos especializados de Naciones Unidas, sino que además contaría con el apoyo específico de una oficina conexas, de un modo similar a los otros altos comisionados ya existentes: el alto comisionado para los refugiados⁸⁸ y el alto comisionado para los derechos humanos⁸⁹.

57. De esta manera, la oficina conexas al alto comisionado para el uso responsable de los sistemas de IA realizaría investigaciones y promovería los conocimientos expertos sobre buenas prácticas en materia de diseño, planificación, desarrollo, aplicación y supervisión de los sistemas de IA de conformidad con los principios y valores de la Carta a nivel internacional, regional, nacional e infranacional, y difundiría esos conocimientos y experiencia según se considerase oportuno. A todo lo anterior, habría que añadir que este alto comisionado y su oficina conexas prestarían asesoramiento, previa solicitud de las Naciones Unidas o de alguna de sus entidades, organismos especializados u organizaciones afiliadas, sobre el cumplimiento de los compromisos intergubernamentales que se adopten en el marco de un uso responsable de los sistemas de IA. Por último, previa solicitud, la oficina conexas al alto comisionado para el uso responsable de los sistemas de IA prestaría su apoyo y asesoramiento a los Estados miembros de Naciones Unidas, a nivel individual, sobre las mejores prácticas y las medidas normativas para reforzar una IA responsable.

58. Hasta la fecha ha sido la oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos quien se ha ocupado de analizar los riesgos de la IA para la privacidad. En su informe de 13 de septiembre de 2021⁹⁰, la Alta Comisionada defendió la necesidad de imponer una moratoria inmediata a la comercialización y empleo de los sistemas de IA que suponen una grave y directa amenaza a los derechos humanos, como son los sistemas de reconocimiento facial en espacios públicos y privados, o la elaboración automática de perfiles que afectan al derecho a la intimidad y a otros derechos, incluidos los relativos a la salud, la educación, la libertad de movimiento, la libertad de reunión y asociación, y la libertad de expresión. En su discurso de 15 de septiembre de 2021, al presentar dicho informe, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, Michelle Bachelet, enfatizó que uno de los retos más urgentes al que debía hacer frente desde su oficina era llenar el inmenso vacío de asunción de responsabilidades sobre cómo se recogen, almacenan, comparten y utilizan los datos sobre los que se basan los sistemas de IA.⁹¹

59. Los riesgos de la IA para los derechos humanos son reales, como subraya en su discurso la Sra. Bachelet: riesgo de discriminación a partir de bases de datos sesgadas usadas por herramientas de IA cuando deducen y predicen pautas de conducta humana y riesgos de violación de la privacidad merced a las tecnologías biométricas, incluyendo el reconocimiento facial, con las que se identifica a distancia y en tiempo real a los individuos en todo momento sin su conocimiento ni consentimiento. A la luz de estos riesgos, concluye su discurso afirmando que “no podemos seguir reaccionando tardíamente a los efectos de la IA, ni permitir que se use de manera ilimitada, sin fronteras ni supervisión, para enfrentarnos luego a sus casi inevitables consecuencias sobre los derechos humanos. La capacidad de la IA para servir a la población es innegable, pero también lo es su capacidad de contribuir a violaciones de derechos humanos a gran escala, de manera casi indetectable. Es necesario adoptar urgentemente medidas para imponer límites basados en los derechos humanos a la utilización de la IA por el bien de todos.”⁹²

⁸⁸ Su estatuto, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 428(V) de 14 de diciembre de 1950 puede consultar en la web: <https://www.acnur.org/5b07680a4.pdf>

⁸⁹ Creado por la Resolución 48/141 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 7 de enero de 1994, disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/14&Lang=S

⁹⁰ “The right to privacy in the digital age”, Doc. A/HRC/48/31 de 13 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.ohchr.org/en/issues/digitalage/pages/digitalageindex.aspx> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁹¹ Puede leerse el discurso de la Sra. Michelle Bachelet en su web oficial, en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27469&LangID=S> Visitado el 1 de marzo de 2022.

⁹² *Ibidem*.

60. Por nuestra parte no hay nada que objetar a lo manifestado en su discurso siempre y cuando no se limite a tomar en consideración los derechos humanos en detrimento del principio de la dignidad humana, entendida ésta no sólo como la dignidad de una persona ya nacida sino como la dignidad de la especie humana.

61. Para la propuesta del mandato del Alto Comisionado de Naciones Unidas para la Inteligencia Artificial, pensamos que deberían incluirse o, al menos, hacerse referencia a los siguientes principios informadores que, sin carácter exhaustivo, es posible identificar a nivel internacional en relación con la investigación embrionaria humana⁹³:

- principio de la dignidad humana en su sentido más amplio, como defendemos en relación con las cuestiones bioéticas, y de la protección de los distintos bienes jurídicos que implica la primacía del ser humano, como persona y especie, en la investigación y la experimentación científica;
- principio de que la experimentación con seres humanos nacidos o en formación embrionaria (cualquiera que sea su origen) que pueda suponer riesgos o molestias para los sujetos participantes sólo debe realizarse cuando no existan procedimientos alternativos de eficacia comparable y siempre teniendo en cuenta el respeto del principio de precaución para prevenir riesgos para la vida y la salud.
- principio de la participación voluntaria, libre e informada de los sujetos con garantía del derecho a la intimidad de los mismos y confiriendo especial protección a las personas más vulnerables.
- principio de la prohibición del lucro y de la utilización con fines económicos de partes del cuerpo humano, con independencia de la protección por vía de patentes, de los descubrimientos realizados en virtud de la libertad de investigación.
- principio de justicia y de beneficencia, en particular, con respecto a la mejora y protección de la salud y la concepción de la ciencia como un bien público de interés general en beneficio de toda la humanidad, que debe ser contrapuesto con otros principios informadores en presencia, como la legítima protección jurídica de los resultados de la investigación con el fin de su comercialización.

62. Además de estos principios, la figura de un alto comisionado de las Naciones Unidas para el uso responsable de la IA, que habría de ser nombrado por el Secretario General de dicha Organización, con la aprobación de la Asamblea General, con un mandato de cuatro años, renovable por una vez, desempeñaría su cometido en el marco de la Carta de San Francisco, de la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA, adoptada el 24 de noviembre de 2021⁹⁴, y de otros instrumentos internacionales relevantes, en materia de protección de derechos humanos⁹⁵, de protección del medio ambiente⁹⁶ y de la

⁹³ Véase D. GARCÍA SAN JOSÉ, (coord.): *Régimen jurídico de la investigación biomédica en Andalucía, en el marco de la legislación nacional e internacional*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 144-145.

⁹⁴ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

⁹⁵ Tales como la Declaración universal de los derechos humanos (1948), el Estatuto de los refugiados (1951), el Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960), la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), los dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (1966), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), la Convención sobre los derechos del niño (1989), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), la Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la privacidad en la era digital [A/HRC/RES42/15 (2019)] y la Resolución del Consejo de Derechos Humanos titulada “Las tecnologías digitales nuevas y emergentes y los derechos humanos” [A/HRC/RES/41/11 (2019)].

⁹⁶ Tales como la Declaración sobre el Derecho al desarrollo (1986), la Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras (1997), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la Resolución de la Asamblea General sobre el examen de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (A/RES/70/125) de 2015, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” (A/RES70/1) de 2015, la Recomendación relativa a la preservación del

bioética⁹⁷, en el respeto de la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados, a fin de promover un uso responsable y ético de los sistemas de IA en todas las etapas de su ciclo vital, como una preocupación legítima de la comunidad internacional.

63. Como señaló la Directora General de la UNESCO en su discurso al presentar la Recomendación sobre la ética de la IA, aprobada por esta Organización el 23 de noviembre de 2021: “el mundo necesita reglas para que la inteligencia artificial beneficie a la humanidad”.⁹⁸ La pregunta que sigue –y que no se formuló por parte de la Sra. Audrey Azoulay- es la siguiente: ¿de qué humanidad estamos hablando? Sea cual sea la respuesta que demos a esta pregunta, parece evidente que no tendrían sentido los desvelos por proteger los derechos y libertades de las personas que conforman la humanidad, en su dimensión presente y futuras, si descuidamos el deber de preservar la dignidad intrínseca a la especie humana, permitiendo que embriones humanos o embriones somáticos sean cosificados y fabricados en serie para fines reproductivos o de piezas de repuesto para cuando nuestros cuerpos envejecen o enfermen.

Conclusiones

64. Al finalizar estas páginas, las principales ideas que presentamos como conclusiones a este estudio son las siguientes: los sistemas de IA están presentes en todos los ámbitos de nuestras vidas, para bien o para mal. Es un hecho que no va a cambiar por mucho que nos esforcemos en negarlo o en restarle importancia. Lo que sí puede variar, a mayor o menor intensidad, es el alcance de los efectos positivos y negativos de los sistemas de IA en nuestros derechos y libertades.

65. Pese a que carecemos aún de una regulación internacional, a escala global, sobre los sistemas de IA en todo su ciclo vital, desde hace años se busca por parte de la comunidad internacional institucionalizada, consensuar un conjunto de principios y reglas de carácter ético que sirvan de marco jurídico para incidir en potenciar las consecuencias positivas de los sistemas de IA para todos, al tiempo que se reducen los eventuales riesgos y amenazas de esos sistemas para los derechos y libertades fundamentales, como la privacidad y la protección de datos, la no discriminación e igualdad, la diversidad, la equidad, la justicia social y los derechos laborales reconocidos internacionalmente.

66. El resultado más reciente y notable de esta cooperación institucionalizadas que busca poner en valor la necesidad de contar con unos sistemas de IA responsables a lo largo de todo su ciclo vital, es la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial, aprobada por su Asamblea General el 21 de noviembre de 2021. Sin pretender desmerecer el significado histórico de este instrumento, al que se ha llegado a calificar como el primer código mundial sobre la inteligencia artificial, en este estudio hemos querido destacar sus debilidades; entre ellas, la principal desde nuestro punto de vista, consistía en el hecho de que sólo considere las amenazas de los sistemas de IA para los derechos humanos, pero no para la dignidad humana, entendiendo ésta en un sentido amplio, como la dignidad inherente al ser humano como especie, y no sólo en un sentido restrictivo, como la dignidad inherente a toda persona individualmente considerada.

67. Desconocer las amenazas crecientes y reales que los sistemas de IA plantean al ser humano como especie humana y a su dignidad, supone dar la espalda a los avances normativos logrados con gran esfuerzo por la comunidad internacional en cuestiones bioéticas tan controvertidas como la investigación embrionaria humana. Sin duda, el ejemplo más representativo de tales esfuerzos sea el Convenio

Patrimonio Documental, comprendido el Patrimonio Digital, y el acceso al mismo (2015), la Declaración de Principios Éticos en relación con el cambio climático (2017), y la Recomendación sobre la Ciencia y los investigadores científicos (2017).

⁹⁷ Tales como el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo 1997), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1999) y la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

⁹⁸ <http://news.un.org/es/story/2021/11/1500522> Visitado el 1 de marzo de 2022.

relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997 (Convenio de Oviedo), que distingue –para proteger mejor la dignidad y los derechos humanos- entre “persona” (cada individuo) y “ser humano” (término comprensivo de la vida humana en todas sus formas), en su preámbulo y en su artículo primero.

68. En este estudio hemos puesto de manifiesto los desafíos para el Derecho de la IA aplicada a la investigación embrionaria humana, a la luz de la doctrina del deslizamiento; en virtud de la cual se aprecia cómo el umbral de lo admisible en este ámbito de investigación va creciendo en lo que parecería un proceso imparable de cosificación e instrumentalización del ser humano, agravado por una desprotección en su dignidad apreciable en los principales instrumentos relativos a la ética de la IA.

69. De la investigación con embriones humanos crio-conservados por ser sobrantes de tratamientos de fecundación in vitro, se pasó a la creación de embriones somáticos que planteaban menos problemas morales por cuanto no eran fruto de la fecundación humana sino resultado de técnicas como la transferencia de células del cuerpo reprogramadas hasta un estado de pluripotencia, a óvulos enucleados, como una fuente inagotable de células diferenciadas “a la carta”. Más tarde se aceptó la creación de embriones híbridos para fines de investigación y experimentación; esto es, embriones que son resultado de la unión de material biológico de dos especies distintas, humana y animal. A este proceso siguió la edición genómica con técnicas como CRISPR-Cas9 y las nuevas directrices aprobadas en mayo de 2021 por la Sociedad Internacional para la Investigación con Células Madre, ampliando el límite vigente hasta ahora de 14 días para la experimentación con embriones humanos.

70. A la luz de esta doctrina del deslizamiento, el último y más reciente paso dado ha sido la creación por parte de científicos chinos de úteros sintéticos en los que un sistema de inteligencia artificial monitoriza un dispositivo de cultivo en serie de embriones de ratón. Los ingentes datos que manejan los sistemas de inteligencia artificial permiten lo que se denomina “inteligencia anticipatoria”, según la cual, los sistemas de IA pueden tomar decisiones de manera autónoma, sin la intervención humana. Los úteros sintéticos no son una excepción y gracias a este sistema de IA, una máquina supervisa en todo momento la evolución de cada embrión, detectando defectos graves o cigotos inviables, procediendo directamente a su eliminación.

71. Es notorio el hecho de que la investigación con embriones humanos está orientada no tanto a la reproducción asistida como hacia la medicina regenerativa que permite –si se cuenta con la materia prima necesaria, y sin duda, los cuerpos embrioides humanos lo son- reparar, reemplazar o regenerar células, tejidos y órganos humanos deteriorados por cualquier causa, incluidos defectos congénitos, enfermedades, traumatismos o simple envejecimiento. De este modo, razonablemente podría considerarse que los úteros sintéticos monitorizados con sistemas de IA son el frontispicio de la fabricación en serie de cuerpos embrioides que no pueden ser calificados como embriones humanos, al no ser fruto de la fecundación de un óvulo con un espermatozoide, sino resultado de otras técnicas; y carecer de protección en su dignidad humana –por precaria que ésta sea- pese a que en su proceso de gestación artificial monitorizada por sistemas de IA, su singularidad genética los haga similares a cualquier otro embrión humano en formación.

72. Una frase repetida a menudo, pese a su obviedad, en este ámbito es que el Derecho siempre va por detrás de los desafíos que plantean los avances científicos y tecnológicos para las sociedades. Los límites de la aplicación de los sistemas de IA a la investigación embrionaria humana, como la denominada maternidad subrogada, plantean indudables cuestiones de índole moral; pero no por ello podemos desconocer nuestras responsabilidades como juristas en dichas sociedades. Si sólo regulásemos aquellos problemas manifestados en nuestra zona de confort, sin duda dormiríamos mejor por las noches. Pero los desafíos de la IA aplicados a la investigación embrionaria humana están ahí, acechando nuestras debilidades, y desde el fondo de nuestra conciencia se reclama una protección de la dignidad humana junto a la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales que podrían estar en peligro con estas biotécnicas.

Regulación jurídica internacional de los mercados financieros

International legal regulation of financial markets

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 19.07.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7194

Resumen: El colapso del Sistema de Bretton Woods a principios de los años 70 del pasado siglo, supuso la liberalización de las finanzas y la desregulación de los mercados financieros por parte de la mayoría de los países desarrollados. Algo que trajo consigo de manera inmediata, dada la alta volatilidad y riesgo de dichos mercados, el surgimiento de sucesivas crisis económicas, siendo la más importante la acontecida en 2008. Esta última, originada por las hipotecas *subprime* en EEUU y que rápidamente se extendió a todos los países del planeta, dada la falta de regulación y control sobre el emergente sistema financiero internacional, puso en peligro la propia estabilidad y credibilidad del sistema económico mundial. En este contexto, resulta más que necesario plantearse, siendo este el objeto de este trabajo, cuál ha sido, desde entonces hasta ahora, la respuesta por parte del Derecho a los profundos cambios jurídicos, sociales y económicos, derivados del dominio de las finanzas sobre la sociedad global en su conjunto.

Palabras clave: Financiarización, Derecho Financiero Internacional, mercados financieros, Arquitectura Financiera Internacional, Nueva Lex Mercatoria; Lex Financiera, Organismos Financieros internacionales, G-20, BIS, FSB, FM.

Abstract: The collapse of the Bretton Woods System in the early 1970s led to the liberalization of finance and the deregulation of financial markets by most developed countries. Something that immediately brought with it, given the high volatility and risk of these markets, the emergence of successive economic crises, the most important being that which occurred in 2008. The latter, caused by subprime mortgages in the US and which quickly spread to all countries on the planet, given the lack of regulation and control over the emerging international financial system, endangered the very stability and credibility of the world economic system. In this context, it is more than necessary to consider, this being the object of this work, what has been, from then until now, the response by Law to the profound legal, social and economic changes, derived from the domain of finance over global society as a whole.

Keywords: Financialization, Economy, Financial Law, financial markets, International Financial Architecture, New Lex Mercatoria; Lex Financiera, International Financial Organizations, G-20, BIS, FSB, FM.

Sumario: I. Introducción. II. La financiarización de la economía mundial. 1. Concepto y origen. 2. Expansión y transformación del negocio financiero. 3. Impacto de la financiarización sobre la Economía. A) Las empresas no financieras. B) El Estado C) Los ciudadanos. III. La regulación jurídica internacional del mercado financiero. 1. La liberalización y globalización de las finanzas. 2.

Organismos de autoregulación/*Standard-Setting Bodies*. A) Organismos financieros internacionales. a) EL BCBS. b) La IOSCO. c) La IAIS. d) *Joint Forum*. B) Asociaciones de profesionales. a) La ISDA. b) La ICMA. c) La SIFMA 3. La nueva arquitectura de las finanzas tras la crisis de 2008. A) Respuesta política y económica global. B) Especial referencia al FSB. IV. La financiarización del Derecho. 1. Consideraciones generales. 2. Financiarización y Derecho. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La complejidad de la regulación jurídica internacional del mercado financiero, entendiendo por tal el mecanismo de asignación del ahorro a las necesidades de financiación en un ámbito global, es de tal calado que no sólo impide su aprehensión por parte de una única rama del ordenamiento jurídico¹, sino que además supone una reversión de la forma tradicional de elaborar el Derecho². El surgimiento de la *lex financiera*, gestada por las entidades, instituciones y demás agentes, principalmente asociaciones de profesionales que operan en este mercado, y que integran el sistema financiero, deja de ser una simple manifestación más de la *nueva Lex Mercatoria* en el comercio internacional, como se verá más adelante, para adquirir fuerza de ley a través de su incorporación a las legislaciones nacionales, y regionales, caso este último del Derecho de la UE.

2. Para comprender el origen, la evolución y el estado actual de la regulación jurídica internacional del mercado financiero, resulta necesario comenzar realizando una referencia, aunque sucinta, a la financiarización de la economía mundial. La desregularización de las finanzas, factor clave para la libre circulación del capital, cuyo origen hay que situar en la década de los setenta del siglo pasado, se vio acompañada inmediatamente de la necesidad de dotar al mercado financiero, en sus tres modalidades sectoriales: valores, banca y seguros, de una nueva regulación con el fin de asegurar el funcionamiento eficiente del mercado. Este nuevo marco normativo, que se ha venido a denominar “la *arquitectura financiera internacional*” (AFI), se sustenta sobre tres pilares básicos: regulación del mercado, supervisión y tratamiento de las situaciones de crisis.

3. Este proceso de “re-regulación” de los mercados financieros a nivel internacional, lejos de orquestarse, dado su carácter global, en el seno de instituciones internacionales, como pudieran ser la ONU o el FM, ha quedado relegado a una diversidad de organismos financieros internacionales, sin per-

¹ El denominado “Derecho Financiero Internacional” (*International Financial Law*), comienza a gestarse como parte especial del Derecho Internacional Económico (en adelante, DIE) tras el colapso del sistema de Bretton Woods a principios de los años 70 del pasado siglo. Desde entonces hasta ahora, esta rama del Derecho Internacional Público ha tratado progresivamente de dar respuesta a los problemas suscitados por la “nueva” Economía mundial, dominada por el crecimiento económico y los mercados financieros. En este sentido, se ha llegado a decir que el Derecho Financiero Internacional ha sido, y sigue siendo, “hijo” de las diversas crisis económicas que se han ido sucediendo a lo largo de las últimas décadas. En su actual fase evolutiva, cabe afirmar que el Derecho Financiero Internacional se centra más en las instituciones y organizaciones financieras internacionales, y en la comunicación, cooperación y coordinación de los sistemas financieros nacionales en el ámbito internacional que en la propia regulación jurídica de los mercados financieros. Dicha regulación ha quedado relegada al *soft law* internacional y a las legislaciones nacionales. Resulta necesario realizar una serie de consideraciones: 1ª) En la regulación jurídica del sistema financiero internacional confluyen un conglomerado de normas de Derecho Público, nacional, regional e internacional, incluido el *soft law*; 2ª) El hecho de que el núcleo duro de la regulación de los mercados financieros recaiga en este tipo de normas no vinculantes para los Estados, hace dudar de la propia existencia del Derecho Financiero Internacional como tal, al menos en lo que concierne a esta parte del sistema financiero; 3ª) Junto a las normas de Derecho Público, nacional, regional e internacional, conviven otro tipo de normas de Derecho Privado, destinadas a regular los servicios y operaciones financieras en este contexto de expansión, interconexión y convergencia de los mercados y que forman parte del denominado Derecho del comercio internacional; 4ª) Por tanto, en la regulación jurídica internacional del mercado financiero confluyen una yuxtaposición de normas de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, legislaciones nacionales y regionales y *soft law*. Cuestiones de coherencia científica impiden aglutinar todo este cuerpo normativo en una única y exclusiva rama del Derecho, por mucho que se la quiera llamar “Derecho Financiero Internacional”.

² *Vid.*, entre otros, G. BIANCO, “Testing the *Stufenbau* in International Financial Law”, *Estudios de Deusto*, vol. 67/1, enero-junio 2019, pp. 23-40.

sonalidad jurídica internacional ni capacidad de decisión, pero con altos conocimientos técnicos y suficiente poder como para “imponer” sus propias “normas” a los Estados. Surge, por tanto, la necesidad de plantearse cuál es el verdadero alcance de esta regulación y sus posibles repercusiones para el Derecho.

II. La financiarización de la economía mundial

4. La regulación jurídica internacional de los mercados financieros está íntimamente ligada a dos fenómenos distintos, pero íntimamente relacionados: la financiarización de la vida económica y la globalización de las finanzas³. Comenzaremos por el primero de ellos, para pasar posteriormente a analizar el segundo en el siguiente epígrafe.

1. La financiarización: Concepto y origen

5. A pesar de ser uno de los términos más utilizados en la ciencia económica para referirse a la fase actual del capitalismo, no existe una definición precisa y comúnmente aceptada del mismo. No obstante, y en un sentido amplio, puede decirse que: “la financiarización se refiere a la creciente importancia de los intereses financieros, los mercados financieros y los agentes e instituciones financieras en el funcionamiento de las economías nacionales e internacional”⁴.

6. El concepto de financiarización se utiliza, por tanto, para enfatizar que la nueva naturaleza de las finanzas no se circunscribe solo y exclusivamente a su crecimiento cuantitativo, sino que va más allá, alterando con intensidad y profundidad la lógica de funcionamiento de la economía en su conjunto⁵.

7. Desde esta perspectiva, la financiarización se entiende como: a) el aumento de la importancia del *capital financiero*, traducido éste en el creciente protagonismo económico y político de los agentes que lo representan, y, por tanto, en el incremento de la capacidad para imponer sus intereses; b) la expansión y transformación de los espacios en los que el capital financiero se desenvuelve: los *mercados financieros* y; c) la configuración de una *nueva lógica del funcionamiento de la economía*, que se impone y expande al resto de los sectores económico. Así sucede, por ejemplo, con: las empresas no financieras, que ven condicionada su actividad por los mercados financieros; los propios Estados, cuya soberanía en materia de política económica queda diluida; las divisas, que dejan de ser un instrumento al servicio de las transacciones económicas internacionales para convertirse en un activo financiero con dinámica propia y; los diferenciales de tipos de interés y de cambio, que se tornan determinantes, no sólo en los flujos financieros internacionales, sino también en los intercambios comerciales y productivos.

³ Este es un fenómeno que tiene su origen en Estados Unidos en la década de los 80 del pasado siglo, pero que se extiende rápidamente a otros países convirtiéndose en una manifestación más de la globalización. Vid. J. BELLMARY FOSTER, “The financialization of capitalism”, *Monthly Review*, abril 2007, pp. 1-12.

⁴ Vid. G. A. EPSTEIN (ED.), *Financialization and the World Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, pp. 3-16, esp. p. 5.

⁵ Sobre la financiarización y su papel dentro del funcionamiento económico, *vid., ad ex.*: J. BALLESTEROS, “Contra la financiarización de la economía y la mercantilización de la sociedad”, *AFDUC*, 17, 2013, pp. 55-68; F. CHESNAIS, *La mondialisation du capital*, Syros, Paris, 1996; G. A. EPSTEIN (ED.), *Financialization and the World Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005, pp. 3-16; E. KARWOWSKI, “Towards (de)-financialisation: the role of the state”, *Cambridge Journal of Economics* vol. 43 (4), 2019, pp. 1001-1027; G. KRIPPNER, *Capitalizing on Crisis. The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011; E. PALAZUELOS, *La globalización financiera: la internacionalización del capital financiero a finales del siglo XX*, Síntesis, Madrid, 1998; B. MEDIALDEA GARCÍA/A. SANABRIA MARTÍN, “La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización”, *Revista de Economía Mundial*, 32, 2013, pp. 195-227; T. PALLEY, “Financialization: What it is and why it matters”, *Working Paper 525, The Levy Economics Institute*, 2007; J. P. MATEO, “La financiarización como teoría de la crisis en perspectiva histórica”, *Cuadernos de Economía*, 34, 2015, pp. 23-44; M. MASSÓ/M. PÉREZ-YRUELA, “La financiarización en España: ¿la emergencia de un nuevo modelo de acumulación?” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2017; C. SERFATI, “La dominación del capital financiero: ¿qué consecuencias?”, en F. CHESNAIS/D. PLIHON (COORDS), *Las trampas de las finanzas mundiales*, Akal, Madrid, 2003, pp. 59-72.

8. La financiarización es un proceso de largo recorrido, aún sin concluir, cuyo origen hay que situar en *la denominada crisis fordista*, - auténtico punto de inflexión en la historia del capitalismo-, que tuvo lugar en la década de los 70 del pasado siglo. Durante esos años, se produjo una ralentización del crecimiento de la productividad en la OCDE, que se prolongó durante los años 80, derivada de la combinación de un conjunto de factores, tales como: el agotamiento tecnológico, la pérdida de eficacia de los métodos “fordistas” de organización del trabajo y; la escalada de conflictos sociales en torno a los salarios. Como consecuencia de todo ello: la rentabilidad de las empresas comenzó a caer, el crecimiento industrial se desaceleró; el desempleo y la inflación aumentaron; el comercio internacional frenó su crecimiento; se sucedieron diversas crisis bursátiles en diferentes países; incrementó el precio del petróleo y otras materias primas, y tras diversas tensiones monetarias y la devaluación de varias monedas, desaparece el Sistema Monetario Internacional (en adelante, SMI), establecido en los Acuerdos de Bretton Woods.

9. En este contexto, el deterioro de la rentabilidad obtenida en la actividad productiva y la liquidez puesta en circulación por lo países petroleros, cuyos ingresos aumentaron al ritmo de la subida del precio del crudo, estimularon la búsqueda de negocios alternativos, impulsando el ascenso y expansión del capital financiero. Pronto el desarrollo de los mercados financieros internacionales se vio estimulado por la combinación de otra serie de factores como: la necesidad de financiación de los crecientes déficits públicos de la mayoría de los países desarrollados, las nuevas estrategias financieras de las grandes empresas del sector; el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación; el nuevo SMI, en el que el valor de las monedas quedó sujeta a las fluctuaciones del mercado; y el deterioro de la capacidad reivindicativa de los trabajadores.

10. Ante la necesidad de restablecer la estabilidad económica, se comienza a aplicar por parte de un gran número de Estados en los primeros años de los 80, *el denominado “programa neoliberal”*, asentándose con ello, definitivamente, las bases de la financiarización. Bajo esta percepción, se considera que solo un mercado financiero libre puede recuperar la inversión y el crecimiento, y consecuentemente, debe establecerse un nuevo marco macroeconómico, donde el mercado y los intereses de capital financiero ganen importancia frente al Estado y al capital industrial⁶.

Las medidas neoliberales que impulsan directamente la financiarización se concentran en dos sectores: el mercado de trabajo por un lado, y el sistema financiero por otro lado. Respecto al primero, se rompen los compromisos adquiridos en la posguerra. Las condiciones de trabajo se precarizan, los salarios directos se congelan y se deterioran los componentes indirectos de los mismos. Llegándose a decir que “el gobierno pasa de defender el salario (...) a defender a la empresa”⁷. En el ámbito financiero, se configura lo que se ha venido a llamar “la economía de los sistemas financieros liberalizados”, mediante la adopción de una diversidad de medidas, como: a) la reorientación de la política monetaria; b) apertura financiera, que permite la desconexión entre el ahorro y la inversión nacional y estimula los movimientos de capital a escala mundial; c) liberalización de los sistemas financieros nacionales; d) la financiación de los déficits públicos a través de los mercados financieros y; e) la desregulación del sistema financiero, a la que nos referiremos más adelante de forma detallada.

11. Todos estos factores han influido, en las últimas décadas, a la expansión exacerbada de la actividad financiera internacional, la transformación de los mercados financieros, y el cambio de las estrategias de rentabilidad de las grandes compañías transnacionales, orientando ahora su actividad de manera notoria a la obtención de las altas rentabilidades que se obtienen en los mercados financieros.

⁶ Vid. B. BEDIALDEA GARCÍA/A. SANABRIA MARTÍN, “La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización”, *Revista de Economía Mundial*, 32, 2013, pp. 195-227, esp. 199-201.

⁷ Vid. R. BOYER, *Le politique a l'ère de la mondialisation et de la finance: le point sur quelques recherches regulationnistes*, CEPREMAPA, Paris, 1998, p. 26.

2. Expansión y transformación del negocio financiero

12. Tres son los rasgos fundamentales que permiten caracterizar el proceso de financiarización como un proceso de cambio estructural e incompleto de las economías contemporáneas: a) Expansión de las finanzas; b) Transformación del ámbito financiero (productos, mercados y agentes) y; c) Desregulación.

A) Expansión de las finanzas

13. Tras un primer impulso durante la década de los setenta, durante los ochenta las transacciones financieras internacionales comienzan a expandirse de forma acelerada, expansión que se mantiene a un ritmo muy elevado durante los años siguientes. Los flujos de capital privado entre países crecen muy por encima de la actividad económica. Según las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI en solo dos décadas, entre 1985 y 2005, pasan de suponer el 7,4% al 27,6% del PIB, como consecuencia de un doble proceso. Por una parte, los mercados financieros nacionales se internacionalizan, debido a que desaparecen las restricciones que limitan la entrada de inversores extranjeros y la emisión por parte de agentes nacionales de activos financieros en los mercados internacionales. Y, por otra parte, estos mercados internacionales se expanden a un ritmo trepidante, tanto el de crédito, como el de títulos (deuda y acciones) y los de otros instrumentos financieros que analizamos a continuación.

B) Transformación relativa a mercados, productos y agentes

14. Este proceso de expansión viene acompañado de un proceso de transformación del ámbito financiero, tanto de la naturaleza de los mercados como de los productos que se intercambian en éstos y de los agentes implicados⁸.

a) Mercados financieros

15. Por un lado, los mercados financieros nacionales crecen y se internacionalizan. Un ejemplo de ello: el valor de capitalización de las bolsas del conjunto de países respecto del PIB mundial se ha triplicado en las últimas décadas. Además, en las bolsas nacionales cada vez participan en mayor medida agentes extranjeros. Otro rasgo definitorio de esta transformación de las finanzas se encuentra en el surgimiento de mercados financieros internacionales, donde tanto el comprador como el vendedor pueden ser de distintos países y realizar transacciones en distintas monedas.

b) Productos

16. La formidable expansión del ámbito financiero también ha venido acompañada de una profunda transformación de los productos.

17. Los títulos de deuda emitidos por gobiernos y grandes empresas, así como los créditos, se incrementan notablemente en términos absolutos y siguen siendo los activos más importantes, pero pierden algo de peso a favor de las acciones que, aun así, mantienen una presencia reducida.

⁸ Vid. ad ex.: E. PALAZUELO, *La globalización financiera: la internacionalización del capital financiero a finales del siglo XX*, Síntesis, Madrid, 1998, pp. 100-128; A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS/B. MELDIALDEA, "Reflexión crítica sobre la globalización financiera", *Ekonomiaz*, 2001, n° 48, pp. 58-91; A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, *Economía política mundial. T. I. Las Fuerzas Estructurantes*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 305-306; B. BEDIALDEA GARCÍA/A. SANABRIA MARTÍN, "La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización"; *Revista de Economía Mundial*, 32, 2013, pp. 195-227, esp. pp. 203-204.

18. El auge del mercado internacional de crédito se acompaña de una complejidad paulatina de los productos negociados. En particular, tras la crisis de la deuda externa de principios de los años ochenta los bancos occidentales comienzan a diseñar fórmulas para reducir el riesgo asociado a la concesión de créditos. Dicha estrategia se traduce en la generalización de los créditos sindicados (concedidos por un *pool* de bancos, con uno que ejerce de líder) y la utilización masiva de *swaps* (intercambios de activos), que sentarán las bases para el surgimiento de la titulización de los créditos⁹. Posteriormente la titularización se extiende a otros instrumentos, como los bonos públicos y los emitidos por las empresas. De ese modo, surgen y proliferan los denominados “productos estructurados”, que se componen a partir de titulizaciones de diversos activos financieros. Se trata de productos cada vez más complejos que añaden una creciente opacidad al funcionamiento de los mercados de capitales tradicionales.

19. Igual que sucede con los productos estructurados, las fuerzas que impulsan la expansión del negocio financiero propician el surgimiento de otros nuevos activos, con lo que se desarrollan nuevos mercados financieros cuya dimensión e influencia termina por sobrepasar a la de los mercados de capitales tradicionales. Los dos casos más destacados corresponden a las divisas y los derivados: originalmente instrumentos funcionales a la intermediación financiera, pero, a partir de los años ochenta, se convierten en activos financieros capaces de rendir beneficios muy superiores a los que se obtienen en los propios mercados financieros tradicionales

20. Por último, a lo largo de estas décadas se producen fuertes innovaciones en el ámbito de las finanzas: los mercados y los instrumentos financieros se vuelven más complejos, menos transparentes y surgen mercados “a la sombra”, donde no hay ningún tipo de regulación o normas formales, ni las actividades quedan registradas en ningún lado. (Khraisha y Arthur 2018). El caso extremo de asunción de riesgos elevados lo representan los denominados “fondos de cobertura” (*hedge funds*), que se especializan en colocaciones muy arriesgadas y, por tanto, muy rentables¹⁴. Además, esas operaciones son efectuadas con elevadísimos grados de apalancamiento y, en la mayoría de los países, no están sujetas a ningún tipo de normativa regulatoria. Por ese motivo, en ocasiones obtienen ganancias estratosféricas y otras veces sufren fracasos financieros estrepitosos.

c) Agentes

21. Paralelamente, se modifican cuáles son los agentes que intercambian esos productos y que intervienen en dichos mercados. El crecimiento del sistema financiero en las últimas décadas ha ido de la mano del surgimiento de nuevos actores como los intermediarios financieros y los fondos de inversión junto con estructuras legales más complejas y frecuentemente opacas que regulan los mercados financieros¹⁰. (Pistor 2019y Masso 2020).

22. Los principales agentes que operan en los mercados financieros son: a) Las entidades bancarias y; b) Los inversores institucionales.

23. a’) Entidades bancarias: Dentro de las entidades bancarias cabe distinguir entre: bancos comerciales, cuya principal función es la captación de depósitos y, bancos de inversión, que no aceptan depósitos y su función es de intermediación para conectar a los inversores con los mercados de capitales. Además, pueden intermediar en operaciones de compraventa de instrumentos financieros, y tomar posición propia en los mercados de capitales (emiten títulos, tienen una cartera de activos propia, etc.).

⁹ Esta titularización consiste en la conversión de un crédito en bonos (referidos al valor de dicho crédito) que se pueden negociar en el mercado conforme a las expectativas de cobro que ofrece el deudor. Los bancos comienzan a utilizarlos como instrumento de cobertura de riesgo y también como medio para obtener beneficios financieros.

¹⁰ Vid. B. BEDIALDEA GARCÍA/A. SANABRIA MARTÍN, “La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización”; *Revista de Economía Mundial*, 32, 2013, pp. 195-227, esp. pp. 205-207;

24. Ahora bien, en las últimas décadas, los bancos comerciales han experimentado importantes cambios en la medida en que buena parte de la captación y movilización del ahorro se traslada directamente a los mercados financieros¹¹. De esa manera, se difuminan los límites entre los mercados de dinero y de capital, a la vez que los bancos modifican su naturaleza y funcionamiento. Ya no son los receptores prioritarios del ahorro, porque se multiplican las alternativas para su colocación, y en muchos países tienden a dejar de ser la fuente de financiación fundamental para las grandes empresas, que recurren crecientemente a los mercados de capital. Por ese motivo, ante la pérdida de una parte de su negocio, los bancos han reorientado su actividad: lanzando nuevos productos (como las titulaciones de crédito), participando directamente en la negociación de activos financieros, utilizando las innovaciones aportadas por la ingeniería financiera, ampliando sus funciones de asesoramiento sobre actividades financieras y reestructuraciones empresariales, y adquiriendo un papel crucial como “creadores de mercado” (market makers).

25. Los bancos son, además, quienes proporcionan el grueso del crédito concedido para adquirir activos financieros. De ese modo, se difuminan en gran medida las fronteras que distinguían las funciones entre la banca comercial y la de inversión¹², dando lugar a lo que se denomina “hibridación” entre bancos y finanzas de mercado¹¹ (Martínez González-Tablas, 2007: 303)¹².

b') Inversores institucionales

26. Los gestores profesionales de ahorro colectivo, sobre todo los fondos de inversión, los fondos de pensiones y las compañías de seguros, emergen como nuevos protagonistas de los mercados financieros (Aglietta, 1998; Jeffers y Plihon, 2001; Plihon, 2004 y Crotty, 2005).

27. Los inversores institucionales serían tanto aquellos agentes que se pueden encuadrar tanto en las instituciones de inversión colectiva como en aquellas de ahorro contractual (fondos de pensiones, fondos de inversión y compañías de seguros). Estos inversores institucionales, junto a la banca de inversión y comercial, forman parte del núcleo duro del capital financiero internacional, y además se encuentran fuertemente relacionados entre sí (por ejemplo, los fondos de inversión gestionan en muchas ocasiones diversos fondos de pensiones). Los inversores institucionales han captado durante las últimas décadas buena parte del ahorro de los hogares para rentabilizarlos, y la banca ha seguido manteniendo un papel central, gestionando y rentabilizando el ahorro captado de los hogares, e impulsando además la liquidez de los mercados financieros internacionales. Ejemplos de grandes bancos a nivel internacional que han mantenido un fuerte vínculo con inversores institucionales podrían ser Goldman Sachs, Merrill Lynch, Morgan Stanley, Deutsche Bank, BNP Paribas o el Grupo Santander.

c') Otros agentes financieros

28. Por último, cobra también una creciente importancia la pléyade de agentes financieros que contribuyen a complicar y oscurecer el funcionamiento de los mercados financieros. Es el caso de los *brokers*, *traders* y demás intermediarios, así como de las agencias calificadoras de riesgo.

Estas últimas pasan a ocupar un lugar central en la evolución de unos mercados cada vez más complejos y opacos, en los cuales la evaluación del riesgo es a la vez difícil y necesaria. El mercado de calificación está dominado por tres empresas (Standard & Poors, Moody's y Fitch), que influyen de forma determinante en la toma de decisiones de los demás agentes financieros, sobre todo en lo que se

¹¹ Vid. A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, *Economía política mundial, T. 1, Las fuerzas estructurantes*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 303.

¹² En 1999, EEUU, por ejemplo, derogó la *Banking Act*, 1933, más conocida como *Ley Glass-Steagall*, que separaba entre las actividades de banca comercial y de inversiones, y que fue elaborada en el contexto de la Gran Depresión.

refiere a los activos más arriesgados, aunque también en los más seguros (bonos soberanos), pudiendo llegar a condicionar así la política económica de los Estados.

C) Desregulación

29. Desde la década de los 80, los mercados financieros han experimentado un proceso complejo y cada vez de mayor desregulación y liberación financiera centrado en la eliminación de los topes a las tasas de interés, la gestión de la competencia entre los bancos y la promoción de prácticas de titulización para desarrollar mercados secundarios.

30. Ahora bien, este proceso de desregulación, por paradójico que pueda parecer, no ha supuesto la ausencia de regulación de los mercados. Más bien, puede decirse que la financiarización es el resultado de un nuevo tipo de regulación, consistente en la creación de nuevas reglas para asegurar la libre circulación de capitales y la creación de productos financieros complejos. La desregulación consiste en aplicar el poder regulatorio a la creación de mercados más libres y competitivos, como veremos más adelante¹³. La sofisticación de los productos y prácticas financieras para gestionar el riesgo y la incertidumbre, especialmente a partir de la década de los 70, requirió la inclusión de un cuerpo normativo y regulatorio, elemento esencial del proceso de innovación.

3. Impacto de la financiarización sobre la economía

31. El crecimiento del sistema financiero en las últimas décadas ha ido acompañado de una relación cada vez más compleja entre los actores socioeconómicos,- principalmente: las empresas no financieras, los ciudadanos y el Estado-, y los mercados financieros¹⁴.

A) Las empresas no financieras

32. La prevalencia del capital financiero sobre el sistema productivo y comercial ha originado importantes transformaciones en las empresas no financieras, afectando en lo esencial al concepto mismo de propiedad e inversión empresarial.

33. La financiarización altera los objetivos de los propietarios de capital de las empresas no financieras. De tal forma, las empresas pasan a ser de una organización destinada a fines de producción a convertirse en una cartera de inversiones constituida por activos divisibles y líquidos, donde el principal objetivo de los propietarios/accionistas se dirige a la obtención de la máxima rentabilidad. En este sentido, cambian los objetivos de la empresa acorde a los intereses de los accionistas, primando una óptica más financiera que persigue a toda costa maximizar el valor financiero de la empresa e imponiendo sus intereses dentro de la empresa en detrimento de la capacidad de acción de los gestores y de los trabajadores. Surge así lo que se ha venido a denominar “la soberanía accionarial de las empresas”.

34. En este contexto, se gestan nuevas estrategias empresariales (*corporate governance*), orientadas fundamentalmente a maximizar el valor de mercado de las acciones, mediante el recorte de capital

¹³ Vid. M. MASSÓ/M. DAVIS/N. ABALDE. “The problematic conceptualization of financialisation: differentiating causes, consequences and socio economic actors’ financialised behaviour”, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 78 (4), e 169, octubre-diciembre 2020, esp. p. 4, disponible en: ; K. PISTOR. *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019.

¹⁴ Vid. M. MASSÓ/M. DAVIS/N. ABALDE. “The problematic conceptualization of financialisation: differentiating causes, consequences and socio economic actors’ financialised behaviour”, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 78 (4), e 169, octubre-diciembre 2020, esp. pp. 6-8, disponible en:

empleado. Algo que se consigue a través de una serie de medidas como: fusiones empresariales, externalizaciones, subcontrataciones, despidos de trabajadores o concentración de la actividad en los segmentos más rentables. En definitiva, se pasa de una estrategia de “retener y reinventar” los beneficios de la empresa priorizando su crecimiento a medio y largo plazo, a otra estrategia de “reducir y repartir”, esto es, reducir el capital propio y potenciar al máximo el valor financiero para incrementar el reparto de dividendos entre accionistas (Lazonik y O’Sullivan 2000, Masso 6).

35. Por otro lado, respecto a la inversión empresarial, muchas empresas teniendo en cuenta que la rentabilidad financiera supera ampliamente a la obtenida en el ámbito productivo, desvían parte de los recursos al negocio financiero en lugar de destinarlos a nuevas inversiones productivas. En suma, las empresas comienzan a dirigir y conducir sus recursos al sistema financiero, generándose una desconexión entre rentabilidad empresarial e inversión.

B) El Estado

36. El Estado es uno de los principales impulsores del proceso de financiarización de la economía, principalmente a través de la aplicación del programa neoliberal, potenciando la apertura de las economías y la liberalización de los mercados, y mediante políticas económicas favorables a los intereses del capital financiero, como la prioridad por el control de la inflación, por mantener unos tipos de interés reducidos, o por llevar a cabo una política fiscal contractiva para controlar el gasto público y priorizar el pago de los compromisos financieros.

37. Además, el Estado también ha sido un agente creador de activos y mercados financieros, a través de la privatización de empresas públicas que pasan a cotizar en bolsa, de cambios regulatorios favorables a la patrimonialización financiera de los hogares (por ejemplo, incentivado el sistema privado de pensiones), o de una inexistente o deficitaria regulación estatal de la innovación financiera.

38. Los mecanismos empleados por los Estados para financiar su déficit han favorecido el desarrollo de mercados de deuda pública y de instrumentos de deuda en busca de liquidez. En el caso de los mercados de deuda pública, la financiarización está asociada a un intenso proceso de desregulación e innovación financiera que comenzó en la década de 1980 en la mayoría de los países europeos.

39. No obstante, el Estado además de ser un agente impulsor de este proceso de financiarización se ha convertido también en una “víctima” del mismo. Los Estados han decidido reducir las presiones fiscales, dotar de “independencia” a los Bancos Centrales, privatizar sectores bancarios públicos, etc., por lo que cada vez dependen más de la captación de financiación de los mercados financieros. Esta dependencia obliga a los Estados a asumir los costes que los inversores privados imponen a la financiación. En ese sentido, el Estado pierde prácticamente su margen de actuación en materia de política económica (monetaria, fiscal, cambiaria, etc), y se ve obligado a realizar aquellas reformas estructurales (privatizaciones, reformas laborales, reformas del sistema de pensiones, etc.), que favorecen el interés de los agentes financieros, sin tener en cuenta el bienestar de los ciudadanos.

C) Los ciudadanos

40. La financiarización incide también en el consumo y en la vida cotidiana de los ciudadanos, y lo hace de distinta manera. La innovación financiera posibilita que cada vez mayores capas de la población puedan acceder a instrumentos financieros, si bien el impacto es heterogéneo en tanto que depende de los niveles de ingreso. Así, por ejemplo, mientras el patrimonio financiero queda relegado a determinadas familias, aquellas con rentas más altas, el crédito al consumo y, por ende, el endeudamiento, se concentra en el resto de los ciudadanos.

41. De igual modo, el mercado financiero se está imponiendo como único mecanismo para distribuir el acceso a diversos recursos económicos, sociales y culturales (pensiones, sanidad, educación, etc.). En consecuencia, las políticas sociales y públicas trasladan la responsabilidad de la provisión del Estado de bienestar a los individuos, “pasando estos últimos de ciudadanos con derechos, a consumidores con tarjetas de crédito”¹⁵.

III. La regulación jurídica internacional del mercado financiero

42. Más allá de las posibles consideraciones éticas que se pudieran realizar sobre el actual sistema económico internacional tal y como ha quedado expuesto más arriba, -algo que no ha lugar-, procede ahora analizar cómo ha ido gestándose a nivel internacional la respuesta jurídica a esta nueva realidad de la economía mundial, dominada por las finanzas internacionales, comenzando para ello por el punto de inflexión que supuso el colapso del sistema de Bretton Woods, para pasar seguidamente a prestar especial atención a los organismos internacionales, creados *ex profeso* para la elaboración de las normas que han de regir los mercados internacionales, y finalmente detenernos en la nueva arquitectura de las finanzas internacionales, tal y como ha quedado “rediseñada” tras la crisis económica mundial del año 2008.

1. La liberalización y globalización de las finanzas

43. En 1944, tras la finalización de la II Guerra Mundial, los poderes aliados bajo el liderazgo de los Estados Unidos y el Reino Unido, representados respectivamente por Franklin D. Roosevelt y Winston Churchill, acordaron diseñar un nuevo escenario para la economía mundial. El sistema de Bretton Woods se basaba en tres pilares básicos: comercio multilateral (GATT), desarrollo económico e inversión (BM) y estabilidad del sistema monetario internacional (FMI)¹⁶.

44. El diseño de las relaciones monetarias, con el FMI como centro del sistema de tipos de cambio fijos basado en el dólar americano y su vinculación con el oro, funcionó relativamente bien hasta principios de los 70, momento este en el que EEUU abandonó la vinculación entre el dólar y el oro, como resultado de la situación económica que atravesaba el país, derivada entre otras causas de la Guerra de Vietnam, la Guerra Fría y el aumento del gasto social. Desde entonces, los mercados

¹⁵ Sobre las consecuencias sociales de la expansión de la financiarización: la erosión de la relación capital-trabajo; el crecimiento de la desigualdad y la mercantilización de la vida diaria y los derechos sociales, *vid.*: M. MASSÓ/M. DAVIS/N-ABALDE, “The problematic conceptualization of financialisation: differentiating causes, consequences and socio economic actors’ financialised behaviour”. *Revista Internacional de Sociología*, nº 78(4), octubre-diciembre 2020, disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/27547/Masso_Matilde_2020_Problematic_Conceptualization_of_Financialisation.pdf?sequence=3&isAllowed=y

¹⁶ No obstante, el sistema Bretton Woods tal y como fue diseñado nunca funcionó: la OIT no acabó de crearse hasta 1994 bajo la denominación de WTO, quedando al amparo hasta entonces del GATT. Respecto al BM, su labor originaria fue pronto usurpada por diferentes vías, primero a través de acuerdos bilaterales de EEUU como el Plan Marshall y otras iniciativas de reconstrucción similares, y posteriormente por la Comunidad Europea con sus programas de ayuda a los países del sur y este de Europa. Todo ello hizo que finalmente el BM se centrara en los países en desarrollo, papel que actualmente sigue desempeñando. Sin embargo, el diseño de las relaciones monetarias, con el FMI como centro del sistema de tipos de cambio fijos basado en el dólar americano y su vinculación con el oro, funcionó relativamente bien hasta principios de los 70. Teniendo en cuenta que no se podía volver al sistema de patrón oro existente con anterioridad a la I GM, se estableció un sistema paralelo, con moneda circulando sobre la base de una relación fija con respecto al oro, mejor que sobre la base de dinero fiat, se pretendía con ello proporcionar una base estable para las finanzas, la inversión y el comercio, y evitar episodios de inestabilidad monetaria similares a los vividos desde 1914 a 1944. Los Movimientos de capital estarían ampliamente controlados a través de restricciones nacionales, con el FMI sosteniendo el sistema a través de la supervisión de los flujos de capital y realizando reajustes del tipo los tipos de cambio cuando así fuera necesario. Este sistema funcionó desde 1945 hasta 1973. *Vid.* R. H. WEBER/D. W. ARNER, “Toward a New Design for International Financial Regulation”, *U. Pa. J. Int’l. L.*, vol. 29:2, 2007, pp. 391-453, esp. pp. 393-398.

financieros han cambiado drásticamente a través de un proceso de liberalización, internacionalización y globalización¹⁷.

45. Varios han sido los factores que han contribuido al proceso de globalización del mercado financiero, entre ellos: 1) la transformación del sistema financiero, pasando de una estructura con tipos de cambio fijos, bajo el sistema de Bretton Woods, a un sistema de liberalización de flujos de capital, muy similar al existente con anterioridad a la I Guerra Mundial; 2) el proceso de desintermediación del mercado financiero, tanto a nivel internacional como nacional, en tanto que los flujos financieros pasan de los bancos tradicionales a los mercados de capital; 3) la innovación tecnológica que ha incrementado la velocidad en la que se transfiere la información en todo el mundo, reforzando la interconexión de los sistemas y mercados financieros; 4) la innovación financiera, haciendo surgir nuevos intermediarios y productos; 5) incremento de la participación del sector privado en la toma de decisiones tanto del desarrollo de los mercados internacionales como en los recursos que los sustentan en detrimento de la influencia de los gobiernos y de los mercados nacionales¹⁸.

2. Organismos de autoregulación financiera/Standard-Setting Bodies

46. La necesidad de ofrecer una nueva regulación jurídica internacional al sistema financiero, quedó latente ya en los años 70, cuando el colapso del *Bankhaus Herstatt* en Alemania y *Penn Central* en los Estados Unidos pusieron de manifiesto no solo la creciente importancia de las finanzas internacionales sino también la aparición de riesgos transnacionales derivados de las importantes interconexiones entre los sistemas financieros nacionales. Como resultado, los principales países implicados mantuvieron una serie de reuniones en la sede del Banco de Pagos Internacional/*Bank for International Settlements* (BIS), que dieron lugar desde entonces a la creación de una serie de organismos especialmente relevantes en lo

¹⁷ Vid. E. AVGOULEAS, *Governance of Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics*, Cambridge University Press, New York/London, 2012; C. BAMFORD, *Principles of International Financial Law*, 2nd edn., Oxford University Press, Oxford, 2015; R. P. BUCKLEY/E. AVGOULEAS/D. W. ARNER (EDS.), *Reconceptualising Global Finance and its Regulation*, Cambridge University Press, New York/London, 2016; L. BORLINI, "On financial Nationalism and International Law: Sovereignty, cooperation and Hard/Soft Governance in International Finance", *EJIL*, 2020, vol. 31, n1 3, pp. 1133-1155; CH. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2nd ed., New York/London, 2015; S. GADINIS, "Three Pathways to Global Standards: Private, Regulator and Ministry Networks", *AJIL*, 2017, pp. 1-57; CH. MUFARRIGE/T. J. ZYWICKI, "Simple rules for a complex regulatory world: the case of financial regulation", *European Journal of Law and Economics*, 2021, 52, pp. 285-305; M. GIOVANOLO, "A New Architecture for the Global Financial Market: Legal Aspects of International Financial Standard Setting" en M. GIOVANOLO (ED.), *International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, OUP, 2000, pp. 3 y ss; J.J. NORTON, "«International Financial Law», An Increasingly Important Component of «International Economic Law»: A Tribute to Professor John H. Jackson" *Michigan Journal of International Law*, 1999, vol. 20, issue 2, pp. 133-148; A. SEGURA-SERRANO, "International Economic Law at a Crossroads: Global Governance and Normative Coherence", *Leiden Journal of International Law*, 2014-3, n° 27, pp. 677-700; M. A. SHAPOVALOV, "Derecho Financiero Internacional: Historia, estado actual y perspectivas de desarrollo", *DiKaion*, 24-1, 2015, pp. 171-195; CH. TIETJE/M. LEHMANN, "The Role and Prospects of International Law in Financial Regulation and Supervision", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, n° 3, 2010, pp. 663-682; R. H. WEBER/D. W. ARNER, "Toward a New Design for International Financial Regulation"; *U. Pa. J. Int'l. L.*, vol. 29:2, 2007, pp. 391-453; R. WESSEL/J. WOUTERS, "The Phenomenon of Multilateral Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres. Towards a Research Agenda", en A. FOLLESDAL/R. WESSEL/J. WOUTERS (EDS.), *Multilevel regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/London, 2007, pp. 9-47; M. GIOVANOLO, "The Reform of the International Financial Architecture after Global Crisis", *Journal of International Law & Politics*, 2009, pp. 81-123; PH. ARESTIS/S. BASU, *Financial Globalization and Regulation*, Working Paper n° 397. The Levy Economics Institute, December 2003; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Regulación versus desregulación internacional de los mercados financieros tras la crisis de 2008", *Agenda Internacional*, año XVII, n° 28, 2010, pp. 197-216; H. S. SCOTT, "An overview of International Finance: Law and Regulation", en A. T. GUZMÁN/A. O. SYKES (EDS.), *Research handbook of International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2007, pp. 361-417; D. ZARING, *The Globalized Governance of Finance*, Cambridge University Press, New York/London, 2019.

¹⁸ Vid. D. W. ARNER, *Financial Stability, Economic Growth and the Role of Law*, Cambridge University Press, 2007; R. H. WEBER/D. W. ARNER, "Toward a New Design for International Financial Regulation", *U. Pa. J., Int'l. L.*, vol. 29-2, pp. 391-453.

que posteriormente será la regulación jurídica internacional de los mercados financieros¹⁹. Se inicia así lo que más tarde se conocería como el “Proceso de Basilea”²⁰.

47. Desde entonces, la ordenación del mercado financiero a nivel internacional se viene desarrollando principalmente a través de diversos organismos financieros de carácter sectorial (*Standard-Setting Bodies*), destacando entre ellos: el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria/*Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS), conocido como *Basel Committee*/Comité de Basilea; la Organización Internacional de Comisiones de Valores/*International Organisation of Securities Commissions* (IOSCO) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros/*International Association of Insurance Supervisors* (IAIS)²¹. A esta labor de autoregulación de los mercados financieros (regulación, supervisión y tratamiento de crisis), desarrollada por estos organismos financieros internacionales, hay que unir el trabajo autonormativo llevado a cabo por otras asociaciones de profesionales, centrado más en la estandarización de las operaciones financieras internacionales.

¹⁹ El Banco de Pagos Internacionales con sede en Basilea (Suiza) es una organización regida por el Derecho internacional que goza de los privilegios e inmunidades necesarios para el desempeño de sus funciones (art. 55 Estatutos BIS). Conocido como el “el banco de los bancos centrales”, el BIS fomenta la cooperación financiera y monetaria internacional y sirve de banco para los bancos centrales. No rinde cuentas ante ningún gobierno. El BIS desarrolla su actividad a través de sus departamentos monetario y económico, bancario, su secretaría general, los comités que alberga y a través de su Asamblea General, en la que tienen derecho de voto y representación sus bancos centrales miembros.

El BIS fue inicialmente creado con la intención de facilitar transferencias pecuniarias que pudieran surgir en el marco de las obligaciones de compensación que aparecieron a raíz de los tratados de paz. Después de la Primera Guerra Mundial, se sentía la necesidad de tener un banco especializado en estas labores y transacciones. Sus estatutos fueron aprobados en fundado en la Segunda Conferencia de la Haya, de 20 de junio de 1930. El Consejo de Administración original del BIS incluía varios representantes de la Alemania nazi. Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1944 en la Conferencia de Bretton Woods, Noruega y EEUU propusieron la liquidación del BIS tan pronto fuera posible, dada la implicación del mismo en la expoliación de los activos de los países ocupados durante la Segunda Guerra Mundial., propuesta que nunca se llevó a cabo. Vid. Ch. Hiram, *Trading with the Enemy. The Nazi-American Money Plot, 1933-1949*, Barnes & Noble, 1995; R. F. Mikesell, *The Bretton Woods Debates: A Memoir*, Princeton University, New Jersey, 1994,

En un principio, las acciones del BIS estaban admitidas a negociación en mercados secundarios, lo que convirtió al BIS, en una entidad peculiar: una organización con personalidad jurídica internacional que, sin embargo, tenía accionistas privados. Las instituciones y personas privadas quedaron excluidas, como accionistas a partir de 2000. Los bancos centrales miembros ejercen su derecho de voto en proporción al número de acciones suscritas en su respectivo país (arts. 14 y 44 Estatutos BIS). Actualmente 63 bancos centrales y autoridades monetarias son miembros del BIS (https://www.bis.org/about/member_cb.htm?m=2601). Consultado en julio de 2022)

El BIS alberga los siguientes Comités, cuyos programas están dirigidos por varios grupos de bancos centrales y autoridades supervisoras: 1) Comité de Supervisión Bancaria de Basilea; 2) Comité sobre el Sistema Financiero Global; 3) Comité de Pagos e Infraestructuras del Mercado; 4) Comité de los Mercados; 5) Grupo sobre el Buen Gobierno de los Bancos Centrales; 6) Comité Irving Fischer de Estadísticas de Bancos Centrales. También tiene su sede en el BIS: 1) El Consejo de Estabilidad Financiera; 2) La Asociación Internacional de Aseguradores de Depósitos; 3) La Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. Además, el Instituto para la Estabilidad Financiera del BIS facilita la divulgación del trabajo de los organismos de estandarización entre los bancos centrales las agencias supervisoras y reguladoras del sector financiero.

²⁰ Se denomina “Proceso de Basilea” a la forma en la que el BIS promueve la cooperación internacional entre las autoridades monetarias y los agentes de supervisión financiera. Dicha cooperación gira en torno a dos ejes principales: 1) Reuniones periódicas de alto nivel con autoridades monetarias y financieras; 2) Colaboración del BIS con grupos internacionales que persiguen la estabilidad financiera. Los resultados de este proceso se materializan en los estándares elaborados por los diferentes Comités del BIS. Para apoyar la implementación de dichos estándares en todo el mundo, se ha creado el Instituto de Estabilidad Financiera, también dependiente del BIS. Vid. https://www.bis.org/about/basel_process.htm?m=2604

²¹ La creación de organismos financieros internacionales dedicados a la estandarización financiera internacional fue la respuesta política a nivel internacional, orquestada a través del G-7/G-8 y del G-10 tras las sucesivas crisis económicas de finales del siglo XX, para alcanzar como objetivo la estabilidad financiera mundial. Se trataba en definitiva de arrancar un consenso de los representantes de las economías más relevantes para establecer un sistema regulatorio y financiero sólido. Para ello, se hacía necesario formular sólidos principios y prácticas reuniendo a grupos de tecnócratas a nivel internacional con experiencia en este ámbito, tales como el CB, IOSCO, IASIS,; establecer un sistema de supervisión sólido y que las instituciones multilaterales como el FMI y el BM se encargaran de promocionar el cumplimiento de estos principios y prácticas. No obstante, la responsabilidad última para establecer políticas de fortalecimiento de los sistemas financieros recaía en los gobiernos y autoridades financieras nacionales.

A) Organismos financieros internacionales

48. Son organizaciones que tratan de mejorar la cooperación y la coordinación de la vigilancia por las autoridades nacionales de la actividad financiera internacional. Todas ellas tienen en común su naturaleza: son asociaciones de autoridades administrativas del sector financiero. Se caracterizan por su tecnicismo: son agencias especializadas en la regulación y supervisión del mercado financiero.

a) El BCBS

49. El BCBS (*Basel Committee on Banking Supervision/Comité de Basilea de Supervisión Bancaria*, inicialmente denominado *Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices/Comité de Ordenación Bancaria y Procedimientos de Supervisión*, fue creado por los Gobernadores de los bancos centrales de los países del G10 a finales de 1974²². El Comité de Basilea proporciona un foro para la cooperación entre los países miembros en materia de regulación y supervisión bancaria. Su objetivo es mejorar la comprensión de cuestiones clave de supervisión y mejorar la calidad de la supervisión bancaria en todo el mundo.

50. El BCBS es el principal emisor de estándares globales para la regulación prudencial de los bancos. Los acuerdos sobre suficiencia de capital, conocidos como Basel I, Basel II y, más recientemente, Basel III, se encuentran entre sus publicaciones más importantes y conocidas.

51. Desde su creación, el Comité de Basilea ha ampliado considerablemente sus miembros, estando actualmente integrado por 45 instituciones (bancos centrales y autoridades de supervisión) de 28 países. No obstante, mantiene contactos con supervisores no miembros del Comité a través de consultas, capacitación técnica y cooperación instrumentada a través de comités regionales²³.

b) La IOSCO

52. La IOSCO (*International Organisation of Securities Commissions/Organización Internacional de Comisiones de Valores*) nace en 1983 de la transformación de la asociación interamericana de este tipo de supervisores. En la actualidad es una organización que agrupa a más de 170 supervisores de valores de todo el mundo. Dicha organización pretende intensificar la cooperación entre sus miembros con el fin de promover niveles adecuados de ordenación financiera, intercambiar información y establecer los principios para conseguir una supervisión efectiva de las transmisiones internacionales de valores. Las bolsas y otros organismos de autoregulación pueden afiliarse a la organización.

53. Los estándares más importantes elaborados por la IOSCO son: a) Los “Objetivos y Principios de la Regulación de Valores” (Principios IOSCO), adoptados por la mencionada organización en 1998, constituyen un punto de referencia en la regulación internacional de todos los mercados de valores; b) la “Metodología de evaluación de los principios de IOSCO”, aprobados en 2003 por la mencionada organización para realizar una evaluación objetiva del nivel de implementación de los Principios IOSCO en las jurisdicciones de los miembros y para ayudar a desarrollar planes de acción prácticos para corregir las deficiencias identificadas; c) el “Memorando de Entendimiento Multilateral sobre Consulta y Cooperación e Intercambio de Información” (IOSCO MMoU), que fue diseñado en 2002 para facilitar la ejecución transfronteriza y el intercambio de información entre los reguladores de valores internacionales.

²² Vid. C. GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision: A history of the early years 1974-1997*, Cambridge University Press, 2011; G. TONIOLO, *Central bank cooperation at the Bank for International Settlements 1930-1973*, Cambridge University Press, 2005

²³ Vid. <https://www.bis.org/bcbs/index.htm>

54. Una de las principales prioridades de la IOSCO es que sus miembros logren la implementación efectiva de los Principios de IOSCO y el MMoU, facilitando así la cooperación transfronteriza, mitigando el riesgo sistémico global, protegiendo a los inversores y asegurando mercados de valores justos y eficientes²⁴.

c) La IAIS

55. La IAIS (*International Association of Insurance Supervisors/Asociación Internacional de Supervisores de Seguros*) es una organización más joven que las anteriores, nacida en 1994, reconociendo que la globalización del mercado financiero alcanza al seguro, y que en este ámbito también resulta necesario contar con un foro de contacto entre las autoridades del sector, con el fin de lograr una mejor protección de los asegurados y promover la existencia de unos mercados de seguros sólidos y eficientes. Objetivos estos que se logran a estableciendo estándares internacionales de regulación y supervisión, suministrando ayuda técnica a sus miembros y coordinando sus labores con las de otros supervisores financieros.

56. En particular, la IAIS ha desarrollado los siguientes estándares: a) los Principios Básicos de Seguros/*Insurance Core Principles* (ICPs) y; b) el Marco Común para la Supervisión de Grupos de Seguros Internacionalmente Activos/*Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups* (ComFrame). Los ICPs se aplican a la supervisión de todas las aseguradoras. ComFrame se basa en los ICP y establece requisitos mínimos de supervisión que se centran en la supervisión eficaz de todo el conjunto de los Grupos de seguros internacionalmente activos (IAIG). Como parte de ComFrame, la IAIS está desarrollando el Estándar de Capital de Seguros/*Insurance Capital Standard* (ICS) como un estándar de capital consolidado para todo el grupo las IAIG²⁵.

d) Joint Forum

57. Especial mención merece la creación del *Joint Forum*, un grupo de supervisores que se estableció en 1996 bajo los auspicios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Basilea), la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) para desarrollar del Grupo Tripartito, cuyo informe se publicó en julio de 1995²⁶.

58. La creciente aparición de conglomerados financieros y la difuminación de las distinciones entre las actividades de las empresas en cada sector financiero han aumentado la necesidad de esfuerzos

²⁴ Vid. <https://www.iosco.org/>

²⁵ Vid. <https://www.iaisweb.org/>

²⁶ El Grupo Tripartito se formó a principios de 1993 a iniciativa del Comité de Basilea y está integrado por supervisores de bancos, valores y seguros, que actúan a título personal, pero aprovechando su experiencia en la supervisión de diferentes tipos de instituciones financieras. El Grupo Tripartito reconoció la tendencia hacia los conglomerados financieros intersectoriales y emitió un informe en julio de 1995 planteando temas de preocupación en la supervisión de los conglomerados financieros. El propósito de este informe, publicado como un documento de discusión, fue identificar los desafíos que los conglomerados financieros plantean para los supervisores y considerar las formas en que estos problemas pueden superarse. Para llevar adelante este trabajo, se formó un grupo formal, siendo la base para el Foro Conjunto de hoy. Inicialmente, se hizo referencia al Foro Conjunto como “El Foro Conjunto sobre Conglomerados Financieros”. Durante 1999, su nombre se redujo a “El Foro Conjunto” en reconocimiento al hecho de que su nuevo mandato iba más allá de los temas relacionados con los conglomerados financieros, sino que también se extendía a temas de interés común para los tres sectores. El Foro Conjunto celebró su primera reunión en enero de 1996 y desde entonces se ha reunido regularmente tres veces al año. Está compuesto por un número igual de supervisores senior de bancos, seguros y valores que representan a cada circunscripción supervisora. La membresía se amplió en 2012 y quince países ahora están representados en el Foro Conjunto: Australia, Bélgica, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, Países Bajos, Sudáfrica, Corea del Sur, España, Reino Unido y Estados Unidos. El Fondo Monetario Internacional (FMI), la Comisión de la UE y el Instituto de Estabilidad Financiera (FSI) asisten en calidad de observadores. La Presidencia del Foro Conjunto rota entre los tres comités sectoriales y es nombrada por un período de dos años. Vid. BIS, “Joint Forum history”: <https://www.bis.org/bcbs/jfhistory.htm>

cooperativos para mejorar la eficacia de los métodos y enfoques de supervisión. El Comité de Basilea, la IOSCO y la IAIS consideran que la reunión de representantes de cada grupo de supervisión en el “Foro Conjunto” es de gran valor para construir el espíritu de cooperación necesario para abordar los desafíos de supervisión que surgen de los conglomerados financieros.

59. El *Joint Forum* tiene por función principal ayudar a los supervisores bancarios, de seguros y de valores a cumplir sus objetivos regulatorios y de supervisión y, en términos más generales, contribuir a la agenda regulatoria internacional, en particular cuando existen riesgos en los tres sectores supervisados o existen lagunas entre ellos.

60. Para lograr este objetivo, el *Joint Forum*: a) aborda y promueve la comprensión de temas comunes a los sectores bancario, bursátil y de seguros, incluida la supervisión de conglomerados financieros; b) analiza los desarrollos normativos y de mercado intersectoriales; c) examina las brechas y conflictos intersectoriales en la regulación y supervisión; d) desarrolla la orientación y principios y/o identifica las mejores prácticas sobre cuestiones técnicas, reglamentarias y/o políticas intersectoriales para fomentar la coherencia y la alineación intersectoriales cuando corresponda, y reducir las oportunidades de arbitraje reglamentario; y e) facilita la cooperación, la coordinación y el intercambio de información entre los supervisores bancarios, de seguros y de valores (o representantes de los Comités de matrices) y apoya aún más a los Comités matrices al identificar sinergias o duplicaciones en sus esfuerzos de trabajo²⁷.

B) Asociaciones de profesionales

61. Para completar el panorama de los organismos reguladores hay que hacer referencia a las asociaciones profesionales encargadas de formular contratos-tipo para las operaciones financieras, en particular a los que tienen lugar sobre productos derivados. Por ejemplo, la ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*), la ICMA (*International Capital Market Association*) y la SIFMA (*Securities Industry and Financial Markets Association*), entre otras.

62. Todas estas asociaciones contribuyen con sus trabajos a la estandarización de las operaciones financieras, reduciendo el coste de las transacciones y aumentando la liquidez de los mercados.

a) La ISDA

63. La ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*/Asociación Internacional de Swaps y Derivados) es una organización profesional que agrupa a los mayores operadores del mercado de derivados. Se creó en 1985 como la *International Swap Dealers Association*, cambiando posteriormente de nombre.

64. El objetivo principal de la organización es establecer un marco de referencia mediante contratos estándar, siendo uno de los documentos más importantes, aunque no el único, el “Acuerdo Marco de ISDA” (*ISDA Master Agreement*) utilizado para regir todas las transacciones extrabursátiles (OTC, *Over The Counter*) entre partes que buscan establecer una relación comercial de derivados²⁸.

²⁷ Vid. BIS, “Mandate of the Joint Forum”: <https://www.bis.org/bcbs/jfmandate.htm>

²⁸ Actualmente, la ISDA cuenta con una plataforma online de pago que permite a los operadores de los mercados de derivados acceder a los documentos de la asociación para entablar de manera ágil y rápida relaciones comerciales. Vid. <https://www.isda.org/>

b) La ICMA

65. La ICMA (*International Capital Market Association*) nace en 2005 fruto de la fusión de dos asociaciones ya existentes con anterioridad: la ISMA (*International Securities Market Association*) y la IPMA (*International Primary Market Association*).

66. Esta organización trabaja activamente para regular el comercio y promover altos estándares de regulación en los mercados de capital de deuda internacionales. Este es un paso necesario para facilitar el crecimiento económico y promover un sistema que funcione bien. Al asociarse con sus miembros en todos los segmentos del mercado mayorista, ICMA puede enfocarse en encontrar soluciones a los problemas más relevantes²⁹.

c) La SIFMA

67. Por su parte, la SIFMA (*Securities Industry and Financial Markets Association/Asociación de la Industria de Valores y Mercados Financiero*) es un grupo comercial de la industria de los Estados Unidos que representa a las empresas de valores, bancos y empresas de gestión de activos. SIFMA se formó el 1 de noviembre de 2007 a partir de la fusión de la BMA (*Bond Market Association/Asociación del Mercado de Bonos*) y la SIA (*Securities Industry Association/Asociación de la Industria de Valores*). Tiene oficinas en la ciudad de Nueva York y Washington, D.C.³⁰.

3. La nueva arquitectura de las finanzas internacionales tras la crisis de 2008

68. Tras el colapso del sistema de Bretton Woods en la década de los 70, y la consiguiente liberalización de las finanzas a nivel global, las deficiencias tanto de las instituciones internacionales (FMI y BM) como de los acuerdos intergubernamentales alcanzados para tratar con la nueva naturaleza del sistema financiero internacional a través del G7/G8 y posteriormente del G-10, se pusieron en evidencia conforme se fueron sucediendo las crisis financieras a nivel mundial en las siguientes décadas (México, Brasil, Rusia, Sudeste asiático, Argentina...).

69. La crisis de 2008 supuso, sin embargo, un punto de inflexión en la regulación jurídico internacional de los mercados financieros. A diferencia de otras crisis anteriores con repercusiones transfronterizas, pero de marcado ámbito regional, la crisis de 2008 fue la primera crisis financiera global con dramáticas repercusiones en la economía mundial. Si bien es cierto su origen se sitúa en los Estados Unidos con las hipotecas *supprime*, pronto se expandió a los mercados intercambiarios de las economías avanzadas, poniendo en juego la solidez de las principales entidades financieras, trasladándose después a los países emergentes y a los países en desarrollo, desencadenado una contracción económica de dimensiones mundiales³¹.

²⁹ La Asociación Internacional del Mercado de Valores (ISMA) era un regulador financiero con sede en Suiza que supervisaba el comercio de los mercados de capitales mundiales, centrándose, principalmente, en Europa. La organización comenzó en 1968 después de que las empresas activas en el mercado de eurobonos acordaran formar la Asociación de Distribuidores Internacionales de Bonos (AIBD). Fue la primera versión de ISMA que estableció una serie de reglas y recomendaciones para regular la negociación en el mercado internacional de valores. En 1992, AIBD cambió oficialmente su nombre a *International Securities Market Association*. En el verano de 2005, ISMA y la Asociación Internacional de Mercados Primarios se fusionaron para formar la Asociación Internacional del Mercado de Capitales (ICMA) que permanece en funcionamiento hoy. *Vid.* <https://www.icmagroup.org/>

³⁰ *Vid.* *Securities Industry and Financial Markets Association*, <https://www.sifma.org/>

³¹ *Vid.* R. BERMEJO GARCÍA, “La evolución del sistema monetario y financiero internacional a la luz de la reciente crisis financiera”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 7-60; M. LÓPEZ ESCUDERO, “Estabilidad económico-financiera y Derecho Internacional”, *AFDUAM*, 16, 2012, pp. 367-406.

70. El mercado financiero internacional se había colapsado y la estabilidad financiera internacional había desaparecido sin que los mecanismos existentes para preservarla hubieran funcionado. La crisis de confianza en el sistema financiero hizo necesaria una intervención de los poderes públicos estatales a gran escala para evitar el colapso de los mercados financieros, algo que evidenciaba que la regulación jurídico internacional existente en el momento había fallado, especialmente en el tratamiento del riesgo de crisis sistémicas³².

A) Respuesta política y económica global

71. La respuesta política global a la crisis de 2008, no se articuló como se podría haber esperado a través de la ONU, o del FMI, dada la repercusión mundial de la crisis económica y financiera, sino a través del G-20. Un órgano que, hay que recordar, carece de capacidad decisoria, aunque posee un gran poder político para imponer sus directrices a las instituciones y organizaciones financieras internacionales.

72. El G-20, ideado originariamente como un foro técnico-económico a nivel internacional, pasa a convertirse también en un foro político que desde 2008, celebra cumbres periódicas de los Jefes de Estado o de Gobierno de los países participantes con la finalidad de establecer una agenda de cooperación para mantener la estabilidad de la economía mundial. Las tres primeras cumbres (Washington, Londres y Pittsburg) asentaron las bases para restablecer la estabilidad financiera global, descartando un Bretton Woods II y acometiendo importantes reformas del sistema ya existente³³. Los cumbres posteriores se han

³² La crisis de 2007-2008 tuvo su origen en causas tanto macroeconómicas como microeconómicas. Desde el punto de vista macroeconómico, destacan principalmente dos factores: 1) la acumulación de desequilibrios en los balances internacionales desde la crisis asiática, como consecuencia de los enormes déficit de algunos países avanzados, como Estados Unidos, y de los grandes superávits de ciertos países emergentes como China; 2) el prolongado periodo de bajas tasas de interés durante la primera década del siglo XXI, provocando distorsiones en la economía tales como: el abaratamiento del crédito, que favoreció el auge del mercado de la vivienda, y del mercado bursátil; la expansión del consumo privado, que se financió con el endeudamiento de los hogares; y la búsqueda de rentabilidad mediante la asunción de riesgos cada vez mayores por parte de los intermediarios financieros. Desde el punto de vista microeconómico, hay que destacar tres factores: 1) los bajos tipos de interés alentaron el consumo de productos financieros de alta rentabilidad pero gran riesgo, situación que se vio fomentada por la forma de determinar la retribución de los agentes financieros, ligada a los rendimientos de los productos y no al riesgo; 2) las agencias de calificación crediticia (*Ficht, Moody's, Standard & Poor's*) fallaron en su cometido de evaluación del riesgo, por dos motivos: por la complejidad cada vez mayor de los nuevos productos financieros, pero también por la vinculación de estas agencias con algunos importantes operadores financieros; 3) la regulación de los mercados financieros era a todas luces insuficiente. Se había impuesto una actitud de permisibilidad y creencia en la autoregulación de los mercados sin intervención de los legisladores, de manera, se pensaba, que la estabilidad financiera se alcanzaría mediante la libre competencia en el mercado; 4) el sector bancario, uno de los más controlados por las autoridades nacionales de supervisión, eludió fácilmente estas normas utilizando instrumentos financieros derivados y fondos de inversión, quedando al margen de todo control y creando con ello un sistema financiero en la sombra y al margen de la ley. Sobre la crisis de 2008, sus causas y las medidas adoptadas por los estados, *vid. ad ex*: Banco Central Europeo, "La crisis financiera y el fortalecimiento de la cooperación económica internacional", *Boletín Mensual*, enero 2011, pp. 93-105; Banco de Pagos internacionales: 81 *Informe Anual*, 29 junio 2011; UNCTAD: *La crisis económica mundial: fallos sistémicos y remedios multilaterales*, Informe del Grupo de Trabajo de la Secretaría de la UNCTAD sobre cuestiones sistémicas y cooperación económica, Nueva York, 2009; M. AGLIETTA/S. RIGOT, *Crise et rénovation de la finance*, Odile Jacob, París, 2009; D. W. ARNER, "The Global Credit Crisis of 2008: Causes and Consequences", *The International Lawyer*, vol. 43, mayo de 2009, pp. 91-136, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1400623>; M. LÓPEZ ESCUDERO, "Estabilidad económico-financiera y Derecho Internacional", *AFDUAM*, 16, 2012, pp. 367-406, esp. pp. 372-374, F. PISANI, *La Crise de la Finance Globalisée*, Repères, París, 2009

³³ Entre las medidas acordadas, cabe destacar. a) la reforma y fortalecimiento de las normas de supervisión de las entidades financieras (revisión de las normas de Basilea); b) desarrollo de un marco regulador para la gestión de crisis de entidades financieras internacionales; c) elaboración de nuevas normas de regulación y supervisión para instituciones, instrumentos y mercados financieros que hasta el momento estaban al margen de cualquier tipo de control (*hedge funds*), fondos de inversión, mercados de productos financieros derivados y de plataformas de compensación; d) establecimiento de normas contables mundiales; e) ampliación de la supervisión y el registro regulador de las agencias de calificación crediticia para garantizar que cumplan el código internacional de buenas prácticas, e impedir conflictos de intereses inaceptables; f) lucha contra los paraísos fiscales; g) reforma de las instituciones financieras internacionales (FMI y BM), dotándolas de más fondos y mejorando su gobernanza.

ido centrado más en la aplicación de dichas medidas, en la adopción de otras decisiones complementarias de las anteriores, pero también en la respuesta a nuevos desafíos como ha sido la repercusión de la Covid-19 en la economía global³⁴.

73. El G-20 se convierte en el epicentro de la gobernanza de la economía mundial, desplazando definitivamente al G-8 (Cumbre de Pittsburg 2009), se mejora su funcionamiento sin transformarse en una organización internacional con estructura institucional permanente, siendo sus dos pilares esenciales: el FSB (*Financial Stability Board/Consejo de Estabilidad Financiera*), encargado de la regulación de los mercados financieros y el FMI centrado en la supervisión macroeconómica y en la actividad de prestamista de último recurso.

74. Respecto al FMI, convertido por el G.20 junto al CEF, en pieza clave del sistema financiero internacional tras la crisis de 2008, ha sido objeto de profundos cambios, principalmente: 1) Aumento notable de los recursos financieros para facilitar la concesión de préstamos a los países en desarrollo, con economías emergentes o incluso países desarrollados que así lo necesiten; 2) Incremento de los préstamos y cambios en las condiciones de concesión de los mismos; 3) Fortalecimiento de las competencias para intervenir en la prevención, gestión y resolución de crisis económicas; 4) Cambios en la estructura y funcionamiento de la institución³⁵.

75. Con la conversión del FSF (*Financial Stability Forum*), en el FSB (*Financial Stability Board/Consejo de Estabilidad Financiera*) para incluir a los países emergentes del G-20, se consolida el “soft law” financiero internacional. El objetivo general del FSB es coordinar a nivel internacional el trabajo de las autoridades financieras nacionales y de los organismos internacionales de normalización así como promover el desarrollo efectivo de regulación, supervisión y otras políticas financieras sectoriales. Dada su importancia en la estandarización de los mercados financieros internacionales, merece una mención aparte.

B) Especial referencia al FSB

76. El FSB se estableció en abril de 2009 como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera (FSF)³⁶. En la Cumbre de Pittsburgh, los Jefes de Estado y de Gobierno del G20 aprobaron el Estatuto original del FSB del 25 de septiembre de 2009, que establece los objetivos y el mandato del FSB, así como la estructura organizativa. El FSB ha asumido un papel clave en la promoción de la reforma de la regulación y supervisión financiera internacional³⁷.

³⁴ Vid. <https://g20.org/>

³⁵ Sobre los profundos cambios en el FMI tras la crisis de 2008, vid., M. LÓPEZ ESCUDERO, “Estabilidad económico-financiera y Derecho Internacional”, *AFDUAM*, 16, 2012, pp. 367-406, esp. pp. 391-399.

³⁶ La institución predecesora del FSB, el FSF, fue fundada en 1999 por los ministros de Finanzas y los gobernadores de los bancos centrales del G7 siguiendo las recomendaciones de Hans Tietmeyer, presidente del Deutsche Bundesbank. Los ministros y gobernadores del G7 habían encargado al Dr. Tietmeyer que recomendara nuevas estructuras para mejorar la cooperación entre los diversos órganos de supervisión nacionales e internacionales y las instituciones financieras internacionales a fin de promover la estabilidad en el sistema financiero internacional. Pidió la creación de un Foro de Estabilidad Financiera. Los ministros y gobernadores del G7 respaldaron la creación de la FSF en una reunión en Bonn en febrero de 1999. La membresía de la FSF reunió a autoridades nacionales responsables de la estabilidad financiera en importantes centros financieros internacionales, a saber, tesorías, bancos centrales y agencias de supervisión; agrupaciones internacionales específicas de sector de reguladores y supervisores comprometidos en el desarrollo de estándares y códigos de buenas prácticas; instituciones financieras internacionales encargadas de la vigilancia de los sistemas financieros nacionales e internacionales y del seguimiento y fomento de la implementación de las normas; y comités de expertos de bancos centrales interesados en la infraestructura y el funcionamiento del mercado. Vid. <https://www.fsb.org/about/history-of-the-fsb/>

³⁷ En la Cumbre de Cannes en noviembre de 2011, el G20 pidió un fortalecimiento de los recursos de capacidad y la gobernanza del FSB mediante el establecimiento del FSB sobre una base organizativa duradera. En su Informe para la Cumbre del G20 en Los Cabos sobre el fortalecimiento de la capacidad, los recursos y la gobernanza del FSB, el FSB estableció pasos concretos para fortalecer la capacidad, los recursos y el gobierno del FSB y establecerlo sobre una base organizativa duradera. En la

77. El FSB, a través del G-20, tiene por función promover la estabilidad financiera internacional; lo hace mediante la coordinación de las autoridades financieras nacionales y los organismos internacionales de establecimiento de normas a medida que trabajan para desarrollar políticas sólidas de regulación, supervisión y otras políticas del sector financiero. Fomenta la igualdad de condiciones al fomentar la implementación coherente de estas políticas en todos los sectores y jurisdicciones³⁸.

78. Según el FSB, el desarrollo, la adopción e implementación de estándares internacionales produce beneficios tanto nacionales como internacionales, en tanto que ayudan a: 1) fortalecer los sistemas financieros nacionales fomentando una regulación y supervisión sólidas, una mayor transparencia e instituciones, mercados e infraestructura más eficientes y sólidos; y 2) promover la estabilidad financiera internacional al facilitar decisiones de préstamo e inversión mejor informadas, mejorar la integridad del mercado y reducir los riesgos de dificultades financieras y contagio; 3) fortalecer los sistemas financieros nacionales fomentando una regulación y supervisión sólidas, una mayor transparencia e instituciones, mercados e infraestructura más eficientes y sólidos; y 4) promover la estabilidad financiera internacional al facilitar decisiones de préstamo e inversión mejor informadas, mejorar la integridad del mercado y reducir los riesgos de dificultades financieras y contagio

79. Periódicamente el FSB publica un Compendio de estándares, que según la citada organización resultan merecedores de implementación prioritaria dependiendo de diversos factores³⁹. El mencionado “Compendio” recoge los estándares más relevantes de los organismos internacionales de normalización⁴⁰. Dichos estándares establecen lo que se acepta ampliamente como buenos principios, prácticas o pautas en un área determinada⁴¹.

Cumbre de Los Cabos del 19 de junio de 2012, los Jefes de Estado y de Gobierno del G20 respaldaron el Estatuto reformulado y enmendado del FSB que refuerza ciertos elementos de su mandato, incluido su papel en el establecimiento de estándares y en la promoción de la implementación de estándares internacionales por parte de los miembros. y compromisos y recomendaciones de política acordados por el G20 y el FSB. El 28 de enero de 2013, el FSB se estableció como una asociación sin fines de lucro bajo la ley suiza con sede en Basilea, Suiza. *Vid.* <https://www.fsb.org/about/history-of-the-fsb/>

³⁸ Más específicamente, el FSB se estableció para: 1) Evaluar las vulnerabilidades que afectan al sistema financiero global, así como identificar y revisar, de manera oportuna y continua dentro de una perspectiva macroprudencial, las acciones regulatorias, de supervisión y relacionadas necesarias para abordar estas vulnerabilidades y sus resultados; 2) Promover la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades responsables de la estabilidad financiera; 3) Supervisar y asesorar sobre la evolución del mercado y sus implicaciones para la política regulatoria; 4) Monitorear y asesorar sobre las mejores prácticas para cumplir con los estándares regulatorios; 5) Llevar a cabo revisiones estratégicas conjuntas de los organismos internacionales de normalización y coordinar su respectivo trabajo de desarrollo de políticas para garantizar que este trabajo sea oportuno, coordinado, centrado en las prioridades y aborde las lagunas; 6) Establecer directrices para establecer y apoyar los colegios de supervisores; 7) Apoyar la planificación de contingencia para la gestión de crisis transfronterizas, en particular con respecto a las empresas de importancia sistémica; 8) Colaborar con el Fondo Monetario Internacional (FMI) para realizar Ejercicios de Alerta Temprana; 9) Promover la implementación de las jurisdicciones miembro de los compromisos acordados, estándares y recomendaciones de políticas, a través del monitoreo de la implementación, la revisión por pares y la divulgación. *Vid.* <https://www.fsb.org/about/#mandate>.

³⁹ Según el FSB, las normas no son un fin en sí mismas sino un medio para promover sistemas financieros sólidos y un crecimiento económico sostenido. Deben revisarse periódicamente para que sigan siendo pertinentes frente a las circunstancias cambiantes. La importancia relativa de los diferentes estándares para las economías individuales depende de su estructura financiera y otras circunstancias internas. Su implementación debe encajar en la estrategia general de un país para el desarrollo del sector económico y financiero, teniendo en cuenta su etapa de desarrollo, nivel de capacidad institucional y otros factores internos. La implementación exitosa de estándares implica un proceso de interpretación, aplicación, evaluación y cumplimiento. Es fundamental que las economías cuenten con un marco legal e infraestructura efectivos para la aplicación. *Vid.* <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>

⁴⁰ Dichos estándares se clasifican siguiendo distintos criterios. En atención a su alcance, se distingue entre estándares: a) Sectoriales: cubren los sectores económicos e institucionales tales como gobiernos y bancos centrales; industrias bancarias, de valores y de seguros; y el sector empresarial; b) Funcionales: los estándares cubren áreas tales como gobierno, contabilidad, divulgación y transparencia, suficiencia de capital, regulación y supervisión, intercambio de información, gestión de riesgos, pago y liquidación, ética empresarial, etc. *Vid.* <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>

⁴¹ Desde una perspectiva de implementación, los estándares también difieren en su especificidad, distinguiéndose entre: Principios; Prácticas y Directrices. En este sentido, los principios se establecen de manera general para adaptarse a las circunstancias del país; las prácticas son más específicas y explican la aplicación empírica de los principios (basándose en las experiencias de los países) dentro de un contexto definido de forma más estrecha y; las directrices proporcionan una guía

80. Los estándares incluidos en el Compendio del FSF deben reunir una serie de requisitos: 1) ser materialmente relevante para fomentar sistemas financieros sólidos (relevante); 2) establecer claramente directrices sobre buenas prácticas en una forma que pueda ser implementada (implementable); 3) haber sido emitido por un organismo reconocido internacionalmente en el área relevante; y 4) tener una amplia aplicabilidad en diferentes jurisdicciones (ampliamente aplicable).

81. Las decisiones del FSB no son legalmente vinculantes para sus miembros; en cambio, la organización opera por "persuasión moral" y "para establecer políticas acordadas internacionalmente y estándares mínimos que sus miembros se comprometen a implementar a nivel nacional. El cumplimiento de los estándares internacionales por parte de los miembros del FSB es esencial para reforzar la credibilidad de los esfuerzos del FSB para fortalecer el cumplimiento por parte de todos los países y jurisdicciones. Su compromiso con la implementación de estándares financieros internacionales y la divulgación de su nivel de cumplimiento refleja su intención de liderar con el ejemplo. El FSB fomentará una carrera hacia la cima, en la que el estímulo de los pares motive a todos los países y jurisdicciones a elevar su nivel de cumplimiento de las normas financieras internacionales

82. Como obligaciones, los miembros del FSB se comprometen a buscar el mantenimiento de la estabilidad financiera, mantener la apertura y transparencia del sector financiero, implementar los estándares financieros internacionales (incluidos los 15 Códigos y Estándares Internacionales clave) y aceptar someterse a revisiones periódicas por pares, utilizando, entre otras pruebas, los informes públicos del Programa de Evaluación del Sector Financiero (FSAP) del FMI/Banco Mundial.

IV. La financiarización del Derecho

1. Consideraciones generales

83. Las grandes transformaciones sociales, políticas y económicas acontecidas a lo largo de todo el siglo XX afectaron profundamente al Derecho, en general, y, muy particularmente al Derecho Internacional. El Derecho no pudo permanecer inerte ante el espectacular crecimiento económico desplegado a partir de 1945, el aumento de progresivo de los intercambios comerciales, la denominada tercera revolución industrial, la descolonización y la reivindicación de un nuevo orden económico internacional. Todos estos hechos de los que se derivaron consecuencias mas que cuantificables, -como el aumento de las transacciones comerciales internacionales o la creación y proliferación de un gran número de instituciones y organismo de eminente carácter económico-, llevaron a plantear desde una nueva óptica las relaciones entre Economía y Derecho, y muy especialmente entre el comercio internacional y el conjunto de reglas y principios jurídicos que deben gobernar el tráfico mercantil internacional.

84. Estas nuevas relaciones jurídicas, originadas por el gran impulso de la economía mundial, provocaron y justificaron, en su momento, la aparición y configuración de nuevos cuerpos normativos como el Derecho mercantil internacional⁴² y el Derecho internacional económico⁴³, cuyo objeto no es

detallada sobre los pasos a seguir o los requisitos que se deben cumplir en un área en particular. *Vid.* <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>

⁴² Sobre el Derecho mercantil internacional, vid. entre otros: R. DAVID, *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987; D. M. DAY/B. GRIFFIN, *The Law of International Trade*, 2ª ed., London/Dublin/Edinburg, 1993; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ A.-L CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996; R. H. FOLSON/M.W.GORDON/J. A. SPANOGLE; *International Business Transactions in a nutshell*, 4ª ed., St. Paul, Minn, 1992; A FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale. Manuale teórico-practico per la redazione dei contratti*, 2ª ed., Torino, 1990; B. JAAUD/R. PLAISANT, *Droit du commerce international*, 4ª ed., Paris, 1991; I. LOUSSOUARN/J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969; J. SCHAPIRA/CH. LEBEN, *Le droit international des affaires*, 4ª ed., Paris, 1994; CL. M. SCHMITTHOFF, *Export Trade. The Law and Practice of International Trade*, 9ª ed., London, 1990.

⁴³ *Vid. ad ex.:* B. T. BLAGOJEVIC, "Quelques caractéristiques du Droit économique international actual", *Rev. int.dr.comp.*,

otro sino ofrecer una regulación adecuada y específica a distintas parcelas de una misma realidad que se concibe como un fenómeno pluridimensional.

85. Curiosamente, la financiarización de la economía y la globalización de las finanzas, no ha dado lugar a la construcción de un sistema o régimen cohesionado y coherente dirigido a proteger y garantizar la estabilidad financiera como un bien de interés público internacional, desde un punto de vista económico, institucional y legal. Más bien todo lo contrario, la respuesta internacional a los cambios del sistema financiero global se ha traducido, como ha quedado expuesto con anterioridad, en la creación de una diversidad de organismos financieros internacionales, carentes de personalidad jurídica internacional y, sobre todo, en el desarrollo de estándares financieros internacionales, de normas de *soft law*, que no poseen fuerza jurídica obligatoria, y que se formulan con la pretensión de llegar a formar parte de los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁴.

86. De esta manera, los mercados financieros internacionales merecedores de una regulación global, quedan paradójicamente sujetos a diferentes legislaciones nacionales, sin que exista un mecanismo de coordinación supranacional, más allá de la cooperación y compromiso adquirido por los diferentes Estados en cumplir y aplicar sus propias normas.

2. La financiarización del Derecho

87. La regulación jurídica internacional de los mercados financieros a golpe de estandarización ha sido duramente criticada, principalmente, por dos motivos: 1) la falta de legitimación democrática de los diversos organismos financieros internacionales de autorregulación y; 2) el peligro de contribuir a crear riesgos sistémicos en lugar de prevenirlos.

88. Si la estabilidad financiera internacional es un bien jurídico merecedor de protección internacional, esta no puede provenir de un compendio de normas técnicas elaboradas al margen de cualquier proceso democrático de elaboración del derecho y sin ningún tipo de contrapeso. Diversas voces vienen proponiendo desde hace ya mucho tiempo la creación de una institución supranacional, al estilo de la OMC, destinada a la regulación de los mercados financieros internacionales mediante tratados internacionales y con un mecanismo propio de resolución de diferencias entre los diferentes Estados.

89. Sin embargo, y hasta el momento, las ventajas que se predicán de la “armonización de la regulación financiera internacional” mediante normas de *soft law*, han tenido más peso, entre ellas, se dice: a) permite alcanzar acuerdos a nivel internacional de forma eficiente, rápida y flexible; b) evita la petrificación de las normas que en poco tiempo pueden devenir obsoletas; c) favorecen y facilitan el funcionamiento del mercado⁴⁵. En este argumentario se sustenta lo que se ha venido a denominar “la financiarización del Derecho”⁴⁶.

1968, pp. 273 yss; D. CARREAU/TH. FLORY/P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3ª ed., Paris, 1990, esp. pp. 45 y ss.; PH. KAHN, “Droit international économique...”, pp. 97 y ss; A. MIAJA DE LA MUELA, *Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Valencia 1971; P. PICONE/G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia. Raccolta sistematica dei principali atti normative internazionali ed interni con testi introduttivi e note*, Milano, 1982; F. RIGAU, “Droit économique et conflits de souverainetés”, *RabelZ*, 1988, pp. 104 y ss; G. SCHWARZENBERGER, “The Principles and Standards of International Economic Law”, *RCADI*, 1966-1, t. 117, pp. 5 y ss; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law*, 2ª ed., Dordrecht/Boston/London, 1992; P. VELLAS *Aspects du droit interenational économique*, Paris, 1990; P. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Changing Structure of International Economic Law*, The Hague, 1981.

⁴⁴ Vid. CH. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial Sytem, Rule making in the 21st Century*, 2nd, Cambridge University Press, 2015.

⁴⁵ Vid. C. ALONSO LEDESMA, “La reforma de los mercados financieros: la reforma bancaria en particular”, *AFDUAM* 23, 2019, pp. 271-304, esp. pp. 278-282; F. ZUNZUNEGUI, “La regulación jurídica internacional del mercado financiero”, *RDMF*, 2008, disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2008/05/zunzunegui-regulacion-juridica-internacional-mercado-financiero.pdf>.

⁴⁶ Vid. N. KALYANPUR/A.L. NEWMAN, “The financialization of International Law”, *Perspectives on politics*, vol. 19, Issue 3, 2021, pp. 773-790.

90. Los derecho nacionales quedan así doblegados en materia de regulación, supervisión y tratamientos de crisis financieras a la *lex financiera*, quedando solo limitada ésta en el tráfico mercantil internacional, donde el ámbito de la misma sigue estando constreñido por los límites que la ley aplicable al negocio jurídico utilizado por las partes, normalmente un contrato, establezca⁴⁷.

V. Conclusiones

91. El colapso del sistema de Bretton Wood en la década de los 70, trajo consigo un cambio importante en el sistema monetario internacional. La financiarización de la economía y la globalización de las finanzas llevaron a un proceso de desregulación de los mercados financieros, consistente no solo en la eliminación de las restricciones a los movimientos de capital, sino también en una nueva forma de regulación de los mercados financieros, dominada por el *soft law* financiero

92. La crisis financiera de 2008, puso en evidencia el fallo de la regulación existente hasta ese momento, basada ya en las normas elaboradas por diversas organizaciones financieras internacionales, la ausencia de legislación para regular nuevos productos financieros, o la laxitud en la aplicación de las leyes. La respuesta política internacional a la crisis de 2008 supuso importantes reformas en la regulación internacional ya existente. Se reforzó el liderazgo del G20 en la Gobernanza de la Economía Global, se introdujeron importantes reformas en el FMI y se reforzó la creación de *soft law* mediante la creación del FSB, encargado de dirigir la elaboración de los estándares financieros internacionales procedentes de una diversidad de organismos y asociaciones financieras internacionales. Con este telón de fondo, resulta difícil defender la existencia de un verdadero y auténtico “Derecho Financiero Internacional”.

93. Desde entonces, la regulación de los mercados financieros internacionales se ha venido sustentando en un compendio de normas no vinculantes, elaboradas por organismos de marcado carácter técnico y sin personalidad jurídica internacional. A pesar de ello, los Estados se comprometen a convertir dicho *soft law* en ley a través de su incorporación a las legislaciones nacionales. Siendo la principal carencia de este sistema, a parte de la democrática, la existencia de un mecanismo global de coordinación y control de implementación de los mencionados estándares.

94. Si la estabilidad financiera internacional constituye realmente un bien jurídico, su protección global solo se podrá alcanzar a través de un verdadero sistema jurídico dotado de coherencia institucional, económica y legal. Mientras esto no sea así, las finanzas seguirán dominando al Derecho y, con ello, al mundo.

⁴⁷ Vid. G. BIANCO, “Testing the *Stufenbau* in International Financial Law”, *Estudios de Deusto*, vol. 67/1, enero-junio 2019, pp. 23-40.

La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos*

The non-judicial divorces in the European Union and its impact on European Regulations

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

Recibido: 29.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7195

Resumen: La progresiva aparición de divorcios no judiciales en la UE tiene un impacto directo en los Reglamentos europeos sobre familia. En particular, el Reglamento (UE) n° 2019/1111 regula, por primera vez, el reconocimiento de acuerdos privados registrados, equiparándolo en su tratamiento a las resoluciones judiciales. Con ello, se simplifica el reconocimiento, pero se abren dudas respecto a la aplicación de los criterios de competencia y respecto a la ley aplicable. Es necesario evitar el turismo de divorcios y garantizar el control sobre el consentimiento. Al mismo tiempo, se examinan los problemas de coordinación con el resto de Reglamentos, en relación con la eficacia respecto a la responsabilidad parental, los alimentos o el régimen económico matrimonial. El riesgo vendrá por los divorcios con eficacia transfronteriza solo parcialmente.

Palabras clave: Divorcios privados. Reglamento (UE) 2019/1111. Órgano jurisdiccional. Notarios. Órganos administrativos. Reconocimiento transfronterizo.

Abstract: The progressive appearance of non-judicial divorces in the EU has a direct impact on European Family Regulations. In particular, Regulation (EU) No. 2019/1111 regulates, for the first time, the recognition of registered private agreements, equating it in its treatment to judicial resolutions. With this, recognition is simplified, but doubts are raised regarding the application of the rules of jurisdiction and regarding the applicable law. It is necessary to prevent divorce tourism and ensure control over consent. At the same time, the problems of coordination with the rest of the Regulations are examined, in relation to the effectiveness with respect to parental responsibility, maintenance obligations or the matrimonial economic regime. The risk will come from cross-border divorces only partially effective.

Keywords: Non-judicial divorces. Regulation (EU) No. 2019/1111.- Court- Notary. Administrative bodies. Cross-border recognition.

Sumario: I. Contexto de la desjudicialización del divorcio. 1. Planteamiento general en los Reglamentos europeos. 2. Planteamiento en relación con los divorcios. II. Perspectiva del reconocimiento: la incorporación de los divorcios sin juez. 1. La equiparación resoluciones judiciales-documentos públicos-acuerdos registrados. 2. Condiciones del reconocimiento. III. Perspectiva de la competencia internacional: las técnicas procesales en modelos no judicializados. 1. La vinculación indirecta a las reglas de competencia. 2. Los problemas de aplicación de la competencia en un mode-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB) del Programa estatal de Generación del Conocimiento, financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

lo no judicialista. IV. Perspectiva de la ley aplicable: el alcance del control en origen. 1. La inclusión de los divorcios sin juez en Roma III. 2. Función de la ley aplicable en los modelos no judicializados. V. Problemas en relación con los efectos del divorcio. 1. Acuerdos sobre responsabilidad parental. 2. Acuerdos sobre alimentos. 3. Acuerdos sobre régimen económico matrimonial. VI. Conclusiones.

I. Contexto de la desjudicialización del divorcio

1. Planteamiento general en los Reglamentos europeos

1. En los últimos años, el fenómeno de la desjudicialización en determinados ámbitos del Derecho de familia y sucesiones es ampliamente conocido en Derecho comparado. Optamos por el término “desjudicialización” asumiendo la imprecisión desde una perspectiva dogmática, pero con mucha fuerza descriptiva de un fenómeno que comenzó con una “delegación” o “descentralización” de la función jurisdiccional inicialmente atribuida a los jueces y que está derivando en una verdadera “contractualización” de las relaciones jurídicas familiares, donde el poder decisor lo asumen las partes. La primera vertiente se ha ido manifestando en la progresiva asunción de competencias por parte de otros funcionarios de la Administración de Justicia (como los Letrados de la Administración de Justicia), de la Administración General (como las autoridades administrativas en protección menores), por notarios o encargados del registro (en divorcios o sucesiones) o, incluso, por otros profesionales (como los abogados, en divorcios). Razones de economía procesal y organizativas hace que la intervención de un juez (en sentido formal) se vaya reservando para la resolución de litigios contenciosos, buscando formas más flexibles cuando no hay litigiosidad (mutuos acuerdos) o esta es de baja intensidad. La segunda vertiente – la de la contractualización – supone un reconocimiento expreso a la eficacia directa a los acuerdos privados de las partes, equiparando su tratamiento a los de una resolución judicial y en los que la autoridad interviniente – el encargado del registro, por ejemplo – lo hace con una función meramente homologadora. Será esta vertiente, que se manifiesta en diversos modelos no judicialistas de divorcio en Francia o Italia, la que merecerá nuestra especial atención en este trabajo.

2. El impacto de este fenómeno se ha dejado sentir de “abajo hacia arriba”, es decir, desde los Derechos nacionales a los Reglamentos europeos, en una evolución que es constatable con la progresiva ampliación del concepto “órgano jurisdiccional” o “tribunal” en los Reglamentos de familia y sucesiones incorporando a las diferentes autoridades o profesionales que desarrollen su actividad en el ámbito del Reglamento respectivo. Esa ampliación del criterio de órgano jurisdiccional se ha realizado elevando y equiparando al resto de profesionales a la categoría de “juez” a los efectos de los Reglamentos respectivos, sin que sea ni siquiera necesario que se trate de autoridades públicas, como no lo son los notarios desde la perspectiva de la UE. Lo determinante no es ya “quién” interviene sino “cómo” interviene. La finalidad primigenia y esencial de las normas europeas es facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales a través del reconocimiento; en consecuencia, su atención normativa se centra en la actividad dirigida a dictar una “resolución judicial”. Interpretados los Reglamentos en esta clave, su regulación sobre competencia judicial internacional y, en su caso, sobre ley aplicable, es accesoria y auxiliar respecto al reconocimiento.

En el contexto descrito, identificar cuándo estamos ante una verdadera “resolución judicial” se convierte, por tanto, en esencial. Para ello más que recurrir a la titulación formal del interviniente se han venido utilizando parámetros basados en el acto resultante. Primero, debe responder al ejercicio de una función jurisdiccional, propia o por delegación, o de una actuación bajo el control de un órgano judicial, aspecto que, en sí mismo, no es definitorio porque el sometimiento a este control es inherente al principio de legalidad imperante para toda actividad. Adicionalmente, es necesario el cumplimiento de unas exigencias procesales - imparcialidad del órgano y audiencia bilateral de las partes - y materiales – ejercicio de una facultad de apreciación y decisora - para caracterizar el acto resultante como resolución¹.

¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de ‘órgano jurisdiccional’ en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIP*; Vol. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121 y ss.

En definitiva, a los efectos del Reglamento cualquier autoridad, funcionario o profesional puede ser órgano jurisdiccional si el ordenamiento jurídico le dota de la competencia para dictar una “decisión” en una materia. La resolución judicial no requiere de un juez, en sentido formal, pero sí de una actividad “constitutiva” por la parte del interviniente y vinculante para las partes, que no sea una mera incorporación de la voluntad de estas. El reverso de esta construcción supone que una actividad meramente homologadora de actos esencialmente privados no implica una resolución judicial; lo mismo podría decirse de los acuerdos alcanzados mediante una mediación extrajudicial. En estos casos, su eficacia exige incorporación a una transacción judicial o a un documento público, si reúnen las condiciones establecidas para ello². Por tanto, un juez (en sentido formal) que no dicte una resolución judicial no sería un “órgano jurisdiccional” a los efectos de los Reglamentos. Es decir, un notario podría equipararse a un juez cuando dicte una resolución judicial y un juez podría equipararse a un notario cuando realice una actividad que no sea dictar una resolución judicial.

2. Planteamiento en relación con los divorcios

3. El Reglamento Bruselas II bis³ partió de una concepción amplia de órgano jurisdiccional, incluyendo al juez o autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento (art. 2.1). No existe una enumeración de quiénes ostentan tal cualidad conforme a los Derechos nacionales, ni se prevé una comunicación a la Comisión Europea de un listado en relación con este punto⁴. Ello ha permitido entender incluidos no solo a jueces, sino también a notarios o autoridades administrativas que, sobre todo en materia de menores, dictan resoluciones sobre responsabilidad parental⁵. En relación con las crisis matrimoniales, la identificación de la función jurisdiccional es relativamente sencilla a partir del ámbito material del Reglamento: las decisiones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial⁶. En ese contexto, ya se había manifestado que los notarios españoles, cuando divorcian, son órgano jurisdiccional y dictan resoluciones judiciales; a tal efecto, deberían poder emitir las certificaciones correspondientes del art. 39 Bruselas II bis, a pesar de que no venir así recogido en la Disposición Final 22ª LEC⁷. Al mismo resultado habría que llegar con el art. 3.2 del Reglamento Roma III⁸, en relación con el considerando 13 de su Prámbulo, que aboga por una interpretación coherente con

² Para el ámbito de los acuerdos de mediación en el ámbito comercial, la Convención de Singapur sobre la Mediación abre la vía a una eficacia directa a tales acuerdos. *Vid.* la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018), ya vigente para varios países, aunque de momento no ha sido firmado por la UE. El texto y su situación actual puede consultarse en <https://uncitral.un.org>. Sobre la misma, *vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La Convención de Singapur sobre mediación comercial internacional”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 1, enero-marzo 2020, 1 de abril de 2020.

³ 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, *D.O.U.E.* núm. L 178, 2-VII-2019.

⁴ El listado previsto en el art. 68 del Reglamento solo es en relación con los órganos encargados del reconocimiento o ejecución y sus correspondientes recursos.

⁵ *Vid.* W. PINTENS, en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law (Brussels IIbis Regulation)*, Vol. IV, München, Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 83.

⁶ Interpretación amplia que ya se encontraba en el art. 1 del Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1970, sobre reconocimiento de resoluciones de divorcio y separación judicial, que establecía su aplicación al reconocimiento de los divorcios y de las separaciones legales que se hayan obtenido en otro Estado contratante como consecuencia de un procedimiento judicial “*u otro oficialmente reconocido en este último*” y que produzca efectos legales en el mismo.

⁷ La certificación del art. 39, conforme a la DF 22ª, apdo. 1 LEC, solo puede emitirla el “secretario judicial”, descoordinación que ya había criticada C. GONZÁLEZ BEILFUSS [“El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en E. PÉREZ VERA y otros (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (Libro homenaje a José María Espinar Vicente)*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347 y ss., pp. 362-363]. Sin embargo, la DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), en Resolución en consulta de 7 de junio de 2016, ha incluido a los notarios como “órgano jurisdiccional” a los efectos del Reglamento (*vid.* la referencia en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *ibid.*, p. 351).

⁸ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *D.O.U.E.* núm. L 343, 29-XII-10.

Bruselas II bis. Por su parte, con el nuevo Reglamento Bruselas II ter⁹, desaparece la definición de “Juez” de Bruselas II bis, pero se mantiene la misma concepción amplia de “órgano jurisdiccional”. La modificación trascendental de Bruselas II ter va a por otro lado, como vamos a ver seguidamente.

A los efectos de Bruselas II bis es irrelevante que haya mutuo acuerdo o no para el divorcio, pero es preceptiva la intervención constitutiva de una autoridad para que sigamos hablando de “decisión” sinónimo de resolución dictada de divorcio¹⁰. Así lo confirma el Considerando 14 del Reglamento, al indicar que una resolución lleva inherente un acto de aprobación después de haber examinado su fondo conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales. Una intervención de autoridad no decisora dará lugar a documentos públicos. Al margen, estarán los acuerdos a los que se refiere el art. 46 del Reglamento, que ni siquiera se definieron en el mismo pero que deben identificarse por exclusión de las categorías anteriores. Y es en este ámbito donde surgía un problema de delimitación entre una resolución judicial de divorcio y los acuerdos de divorcio entre cónyuges que queden meramente incorporados en un documento o en un registro, dando lugar a lo que genéricamente se han denominado como divorcios privados.

4. De todo ello, se podía derivar una clasificación¹¹ a partir de tres supuestos de divorcio: divorcios en los que una autoridad no judicial interviene en una función decisora; divorcios en los que una autoridad no judicial interviene como mera fedataria; y divorcios privados, basados en un mero acuerdo entre los cónyuges, sin intervención de autoridad. En el marco de Bruselas II bis y Roma III solo estarían contemplados los dos primeros, que darían lugar, respectivamente, a una resolución dictada por un notario o a un documento público emitido por un notario. El tercer supuesto parece excluido de su ámbito y claramente se expresó así por el TJUE en el asunto *Sahyouni*¹². Sin embargo, Bruselas II ter amplía el catálogo para incluir, en su art. 65, al divorcio establecido a partir de un acuerdo privado registrado cuando esté dotado de verdadera fuerza vinculante en el Estado de origen.

5. Entre los diferentes modelos de Derecho comparado que incorporan este tipo de divorcios, podemos citar los Derechos francés, italiano y portugués, que tienen en común desjudicializar el divorcio, aunque difieren en su tratamiento¹³.

⁹ Reglamento (UE) 2019/1111, 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), *D.O.U.E.* núm. L 178, de 2-VII-2019.

¹⁰ En el marco de los divorcios, se ha asimilado la función constitutiva a la función jurisdiccional (cf. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 254); TH. RAUSCHER (en TH. RAUSCHER, Vol. IV, 4ª ed., 2015, p. 50); D. HENRICH, “Neues zu Privatscheidungen innerhalb und außerhalb der EU”, *IPRax*, 2022, nº 1, pp. 37 y ss. Se suscita aquí la duda sobre si un registro constitutivo implica que el encargado del mismo sea considerado autoridad a estos efectos (vid. A. GANDÍA SELLENS y C. ZIMMER, “Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamish*”, en *Bitácora Millenium DIPr*; 2018, nº 8, p. 10).

¹¹ Vid. en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 305.

¹² STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16: *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:988. En dicho asunto, el TJUE rechazó la aplicación de Roma III a un divorcio privado islámico basado en una declaración de voluntad unilateral del marido formulada ante autoridad religiosa en Siria. Además del citado comentario de A. GANDÍA SELLENS y C. ZIMMER (*loc.cit.*), pueden mencionarse otros comentarios como los de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)”, en M.V. CUARTERO RUBIO (coord.) “Crónica de Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, pp. 15-20; P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 30 de abril de 2018; C.AZCÁRRAGA MONZONIS y P. QUINZÁ REDONDO, “Comentario del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016 en el asunto C-281/15”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 102, pp. 549-562; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15 *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*”, *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 2, pp. 629-634.

¹³ Otros países de la UE, también se han ido acogiendo a modalidades de divorcio notarial, como Grecia que lo incorporó a los arts. 1438 y 1441 de su Código civil, con la reforma operada por la Ley 4509/2017. Para un estudio de Derecho comparado más amplio, vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, 2021, nº 1, pp. 460 y ss.

El divorcio por mutuo consentimiento del art. 229 del *Code civil* francés parte de un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial¹⁴. De su especial configuración ya da fe la rúbrica del precepto: *Du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*. El notario debe comprobar que se respetan las exigencias formales previstas en el art. 229-3 – que establece el contenido del acuerdo de divorcio¹⁵- y el plazo de reflexión establecido en el art. 229-4¹⁶. El depósito “*au rang des minutes*” realizado por el notario dota a la convención de fecha cierta y de fuerza ejecutiva. Esta modalidad de divorcio resulta preceptiva, no es una alternativa a la judicial, vía esta que solo se abre al divorcio por consentimiento mutuo cuando así lo reclaman los menores¹⁷. Su configuración legal, al margen de cualquier situación de internacionalidad de la relación, le ha valido numerosas críticas desde la perspectiva de los propios juristas franceses y hasta una denuncia a la Comisión UE sobre la incompatibilidad del modelo con el Derecho UE¹⁸.

El Derecho italiano parte de dos tipos de divorcios por mutuo acuerdo¹⁹. El primero, consiste en un acuerdo de divorcio asesorado por abogados y en la que interviene el Ministerio Fiscal (*Procuratore della Repubblica*), adscrito al tribunal competente. Dicha intervención difiere en función de que no haya menores o dependientes, en cuyo caso el Fiscal se limita a pronunciar un *nihil obstat*; o de que sí los haya, en cuyo caso el Fiscal autoriza el convenio si lo considera en interés de los hijos o, de lo contrario, lo transmite al tribunal competente que deberá fijar una comparecencia de los cónyuges²⁰.

El segundo tipo es un acuerdo de divorcio administrativo, realizado directamente por los cónyuges delante del encargado del registro civil. En esta modalidad, no puede haber hijos menores ni dependientes, ni tampoco ningún acuerdo patrimonial entre los cónyuges²¹.

El Derecho portugués²² también admite un divorcio por mutuo acuerdo ante el encargado del registro civil (*conservatória do registo civil*) siempre que la demanda de divorcio de mutuo acuerdo vaya acompañada de una lista pormenorizada de los bienes comunes de la pareja y, en su caso, sobre su partición; un certificado de la sentencia dictada por el tribunal en la que se regula el ejercicio de la responsabilidad parental o un acuerdo sobre el ejercicio de dicha responsabilidad con respecto a los hijos menores, en caso de que ningún tribunal haya fallado anteriormente sobre este asunto; un acuerdo sobre el pago de los alimentos al cónyuge que tenga necesidad de ello; el acuerdo sobre la disposición

¹⁴ La introducción de esta modalidad de divorcio en el *Code civil* francés se realizó por la Ley nº 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de *modernisation de la justice du XXIe siècle*.

¹⁵ Dicho precepto establece el contenido preceptivo que debe tener el acuerdo de divorcio, a saber: los datos de los cónyuges y, en su caso, de los hijos; los datos de los abogados participantes en las negociaciones; la mención del acuerdo de los cónyuges sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos en los términos del acuerdo; las regulaciones de los efectos del divorcio, sobre todo, si se pacta una prestación compensatoria; el estado de la liquidación del régimen matrimonial; la mención de que se ha informado al menor por sus padres de su derecho de audiencia ante el juez en las condiciones establecidas en el art. 388.1 y que no desea hacer uso de esa facultad.

¹⁶ Se trata de un período de reflexión de 15 días que debe transcurrir entre el envío por los abogados a cada cónyuge del proyecto de acuerdo de divorcio y la firma del mismo.

¹⁷ Véase en ese contexto el parágrafo 2: *Du divorce par consentement mutuel judiciaire (Articles 230 à 232)*.

¹⁸ La denuncia - formulada por A. BOICHÉ, C. NOURISSAT, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU y G. THUAN DIT DIEUDONNÉ - tenía sobre todo que ver, sobre todo, con la “universalidad” de la competencia de los notarios y con los efectos sobre los hijos menores. Se invocaban, en concreto, cuatro violaciones del Derecho UE: vulneración de las reglas de competencia judicial directas, imposibilidad de circulación de las actas de divorcio consensual en la UE, silencio sobre el Derecho aplicable al divorcio y vulneración de los derechos fundamentales de los menores garantizados por la UE. *Vid.* en “Divorce par consentement mutuel: plainte auprès de la Commission européenne”, <http://forum-famille.dalloz.fr/2017/04/25/>, donde puede consultarse el texto completo. *Vid.* también una perspectiva muy crítica en H. GAUDEMET-TALLON, “La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international”, B. HESS, E. JAYME y H.-P. MANSSEL (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum (Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag)*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2018, pp. 91 y ss.

¹⁹ *Vid.* S. CAPORUSSO, “Proffili prozesuale delle nueve prozedure consensuali di separazione personale e divorzio”, *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 711 y ss.

²⁰ Art. 6 *Decreto-Legge* nº 132/2014, de 12 de septiembre de 2014, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, convertido en Ley por la *Legge* nº 162, de 10 de noviembre de 2014.

²¹ Art. 12 del mismo *Decreto-Legge*.

²² Arts. 1773 a 1776A del Código civil portugués.

del hogar conyugal; un certificado de pactos prematrimoniales (de haberlos); y, finalmente, el acuerdo, en su caso, sobre los animales de compañía.

Recibida la solicitud, el registrador convoca a los cónyuges a una comparecencia en la que verifica el cumplimiento de los requisitos legales y valora los acuerdos patrimoniales, sobre los hijos y los alimentos, invitando a los cónyuges a enmendarlos si estos convenios no protegen los intereses de uno de ellos o de los hijos, pudiendo determinar al efecto la práctica de las pruebas necesarias y, finalmente, decretando el divorcio, procediendo al registro correspondiente. En caso de que haya pactos en relación a los hijos, deberá enviarse al Ministerio Fiscal para que se pronuncie en interés de estos.

6. El elemento común a todas estas figuras es que el divorcio no se resuelve en un juzgado. Las divergencias se constatan en el diferente perfil de los acuerdos y, sobre todo, en el control que puede realizar la autoridad o profesional interviniente, que hace ardua la tarea de calificar en cada caso el acto resultante. Se hace aquí especialmente evidente la evolución y el impacto de “abajo hacia arriba” que se visibiliza en el art. 65 de Bruselas II ter. Frente al binomio resolución judicial (art. 21) y documento público (art. 46) de Bruselas II bis, se incorpora ahora una tercera vía al permitir la eficacia de los acuerdos privados registrados. A tal efecto, se define expresamente el “acuerdo” para diferenciarlo de “documento público”, en función de control de fe pública/legalidad sobre el fondo que haga la autoridad interviniente. Para fines identificativos, habrá de acudir al listado correspondiente que los Estados comuniquen a la Comisión, de conformidad con el art. 103²³.

La novedad podría verse, a simple vista, como cuestión de matiz, puesto que el art. 46 de Bruselas II bis también abarcaba los acuerdos. Sin embargo, es una novedad de calado puesto que es la primera vez que se incluye el reconocimiento procesal del efecto de cosa juzgada – al margen de la eficacia ejecutiva - de un documento público y de un acuerdo registrado. El resultado es que, con Bruselas II ter, se equipara el tratamiento del reconocimiento de los divorcios al margen de que quién intervenga – juez, notario, los propios cónyuges asistidos con abogado - y de la calidad en la que intervenga. Esta equiparación convierte en irrelevante la calificación del divorcio y, en particular, la delimitación conceptual entre divorcio judicial, notarial, privado o consensual²⁴. En consecuencia, también sería irrelevante identificar la intervención de una autoridad o profesional como constitutiva, como se ha caracterizado la de los notarios españoles, o meramente formal, como se ha considerado la de los notarios franceses²⁵.

7. En una aproximación inicial, puede darse la bienvenida al art. 65 de Bruselas II ter dado que elimina problemas de calificación y delimitación entre “resolución judicial/documento público/acuerdo” en el sector del reconocimiento. Pero subsisten dudas y se evidencian algunos riesgos, problemas e incoherencias:

²³ De este modo, entre las definiciones del art. 2 del Reglamento se entiende por “documento público” un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en cualquier Estado miembro en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y cuya autenticidad: a) se refiera a la firma y al contenido del instrumento; y b) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. A tal efecto, procede una comunicación de tales autoridades a la Comisión, de conformidad con el artículo 103.

Por “acuerdo” se entiende un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103.

²⁴ El caso más claro es la consideración, según algunos autores, de los divorcios notariales como caso de divorcios privados; *vid.* en este sentido, E. D’ALESSANDRO, “The Impact of Private Divorces on EU Private International Law”, en J.M. SCHERPE y E. BARGELLI (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 59 y ss.; en otros casos, se opta por una caracterización genérica como divorcios notariales a figuras diversas de Derecho comparado, *vid.* en este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *loc. cit.*, p. 348. No obstante, incluso desde la perspectiva del Derecho español, es controvertido el carácter del divorcio notarial que, para algunos, tiene una configuración contractual; *vid.* las discrepancias doctrinales en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *ibid.*, pp. 351-352.

²⁵ *Vid.* una comparativa en M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. I, pp. 5-52. El control de lesividad del notario español permite que deniegue el otorgamiento de la escritura de divorcio si puede ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores de edad o menores emancipados; mientras que el notario francés solo haría un control formal. Esta función del notario español debiera ser relevante en la resolución de la cuestión prejudicial pendiente en el asunto C-304/22 *PM*.

- el riesgo derivado de seguir un reconocimiento procesal respecto de un acuerdo privado, extendiendo la confianza mutua a actos que han podido realizarse sin garantías, por ejemplo, en relación con el consentimiento.
- el problema de determinar quiénes quedan vinculados por las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento.
- la paradoja que supone una extensión del reconocimiento a acuerdos privados sin la correlativa incorporación de la sumisión como criterio de competencia judicial internacional en Bruselas II ter.
- las dudas sobre la aplicación de Roma III en este nuevo contexto y, por tanto, el grado de vinculación de los “profesionales” intervinientes respecto de las reglas de Derecho aplicable.
- los problemas de coordinación con el resto de los Reglamentos aplicables a los efectos del divorcio en relación con las medidas de responsabilidad parental, los alimentos y pensiones compensatorias y el régimen económico matrimonial.

Al análisis de todo ello, dedicaremos las líneas que siguen. El estudio comenzará por el reconocimiento de los divorcios no judiciales, expresamente resuelto por el Reglamento Bruselas II ter, para derivar, posteriormente, sus consecuencias sobre la competencia internacional y la ley aplicable, aspectos no expresamente resueltos. Finalmente, procede examinar la coordinación de este reconocimiento con los Reglamentos aplicables a los diferentes efectos del divorcio.

II. Perspectiva del reconocimiento: la incorporación de los divorcios sin juez

1. La equiparación resoluciones judiciales-documentos públicos-acuerdos registrados

8. El avance más significativo del actual art. 65 de Bruselas II ter es que, por primera vez en un Reglamento UE, se regula el reconocimiento del efecto “constitutivo” y de cosa juzgada de un acto incorporado a documento público y de un acuerdo registrado en un Estado miembro. Hasta la fecha, solo el efecto ejecutivo de los documentos públicos se había incluido en los Reglamentos UE; y solo el art. 46 de Bruselas II bis había extendido ese efecto ejecutivo a los acuerdos, pensando en los pactos sobre responsabilidad parental propios de algunos Estados miembros²⁶. Quedaban fuera los acuerdos sobre divorcio en la medida en que, estrictamente, no tienen eficacia ejecutiva: por tanto, su reconocimiento continuaba rigiéndose por los Derechos autónomos, quienes podían someterlos a un sistema de reconocimiento conflictual, como venía ocurriendo en el Derecho alemán [art. 17(1) EGBGB]²⁷ y, como podía derivarse para el sistema español, a efectos registrales, de la DA tercera de la Ley de jurisdicción voluntaria o en los arts. 97 y 98 de la Ley 20/2011, de Registro Civil.

9. En este contexto, Bruselas II bis fue muy exigente desde la perspectiva de la calificación del título cuyo reconocimiento se pretende. La alternativa era “resolución judicial” en el sentido del art. 21 del Reglamento, con un reconocimiento de todos los efectos posibles derivados de la misma; o “documento público o acuerdo” en el sentido del art. 46, con un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo. Esta exigencia de calificación explica las “interpretaciones forzadas” que se han venido manteniendo para tratar de incluir, por una u otra vía, el reconocimiento de los acuerdos de divorcio en dicho Reglamento. Pueden ponerse dos ejemplos.

El primero es el derivado de la Circular del Ministerio de Justicia francés de 2017 que, con tal de asegurar el reconocimiento de su divorcio no judicial, llegó a considerar que el acuerdo de divorcio

²⁶ El art. 46 se extendió al reconocimiento de los acuerdos por las regulaciones nacionales que preveían dicha eficacia ejecutiva respecto de los acuerdos sobre responsabilidad parental existente en algunos Estados miembros como Irlanda, el Reino Unido o los países escandinavos, *cf.* en Th. RAUSCHER en Th. RAUSCHER (Coord.), *op. cit.* p. 364.

²⁷ *Vid.* D. HENRICH, *loc. cit.*, pp. 37 y ss.

tenía efectos ejecutivos y, por tanto, debería incluirse en el art. 46²⁸. También se ha interpretado así, considerando que el acuerdo de divorcio contiene pactos en relación con los hijos o cuestiones patrimoniales. El planteamiento se llevó hasta el extremo, en la medida en que Francia reconoce la competencia notarial para emitir la certificación correspondiente del art. 39 de Bruselas II bis, que habilita la eficacia transfronteriza de esos divorcios²⁹.

El segundo ejemplo es el derivado de la interpretación extensiva del Abogado General en el asunto *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, en relación con el Derecho italiano³⁰, que le lleva a equiparar el acuerdo de divorcio realizado ante el encargado del registro civil italiano a una resolución judicial. Esta conclusión puede entenderse voluntarista y va encaminada a facilitar lo más posible el reconocimiento mutuo de los divorcios en la UE³¹. La argumentación es doble: por un lado, se mantiene la equiparación formal de cualquier autoridad que intervenga en el divorcio - sea juez, un funcionario público o encargado del registro - verificando las condiciones legales (apdo. 39 de las Conclusiones); por otro, se dota de una eficacia “decisora-constitutiva” a la actividad del encargado del registro, considerando que el divorcio solo se produce cuando ha comprobado que se han cumplido los requisitos legales y se otorga el certificado correspondiente (apdo. 47 de las Conclusiones). No se da ninguna relevancia al alcance real del control que realiza el oficial del registro, dado que, conforme al Derecho italiano, este se limita a constatar que se dan las condiciones externas para utilizar esta vía de divorcio (que no haya hijos menores o dependientes, ni acuerdos patrimoniales) pero sin ningún control de fondo ni pronunciamiento adicional³².

10. Como venimos diciendo, la simplificación del art. 65 Bruselas II ter no solo consiste en dotar de eficacia constitutiva a los documentos públicos o acuerdos privados registrados, sino que, además, lo hace equiparándola a las resoluciones judiciales, tanto en el procedimiento de reconocimiento como en las condiciones o controles aplicables al mismo. En este ámbito, carece ya de relevancia práctica la distinción entre las categorías resolución judicial, documento público o acuerdo privado registrado. Desde esta perspectiva, la futura Sentencia del TJUE *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* va a nacer ya caducada. Lo mismo ocurrirá en relación con la reciente cuestión prejudicial en el asunto C-304/22 PM, sobre los divorcios notariales españoles.

En consecuencia, el tratamiento es el mismo para los divorcios judiciales alemanes, los notariales españoles, los registrados en Francia, en Italia o en Portugal³³. También resultaría irrelevante saber si el interviniente realiza un control de contenido – como hacen los notarios españoles, el Ministerio fiscal

²⁸ Vid. la Ficha 10 de la *Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale*.

²⁹ La aplicación a los documentos públicos del procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales requiere de la certificación del citado art. 39 de Bruselas II bis. A tal efecto, el art. 509-3, último apartado del *Code de Procédure civile* establece: “Par dérogation à l'article 509-1, sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial ayant reçu en dépôt la convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du code civil les requêtes aux fins de certification du titre exécutoire en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'article 39 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000”. Se ha llegado a calificar el divorcio consensual francés como instrumento híbrido: un acuerdo privado que es ejecutivo L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV, “The de-internationalisation” of the new divorce by mutual consent”, p. 4; disponible en <https://www.iafl.com>.

³⁰ Asunto, C-646/20, pendiente de la Sentencia, en el que el objeto de la cuestión prejudicial es si el divorcio registral italiano (del art. 12 del *Decreto-Legge*) puede ser considerado resolución judicial a los efectos del art. 21 de Bruselas II bis o, subsidiariamente, documento público. Vid. las Conclusiones del Abogado General M.A.M. COLLINS, ECLI:EU:C:2022:357.

³¹ En este sentido, vid. el apdo. 38 de las Conclusiones establece la vinculación entre este reconocimiento y la libre circulación de personas. Véase también esa interpretación extensiva en K. BOGDZEVIC, K., N. KAMINSKIENE y L. VAIGÉ, “Non-Judicial Divorces and the Brussels II bis Regulation: To Apply or Not Apply?”, *International Comparative Jurisprudence*, 2021, volume 7, n° 1, pp. 31-39.

³² Así se recoge en el apdo. 14 de las Conclusiones.

³³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy in International Family Law”, *Recueil des Cours*, 2020, vol. 408, pp. 107 y ss., esp. p. 318.

en Italia cuando hay hijos menores o el encargado del registro en Portugal – o realizan un mero control formal, como parece que hacen los notarios franceses o el encargado del registro civil italiano.

Desde una perspectiva metodológica de Derecho internacional privado, el salto cualitativo es pasar de un reconocimiento “conflictual” a un reconocimiento “procesal” de los divorcios privados. No hay tratamiento de Derecho aplicable ni control de ley aplicada. La novedad y el impacto de este nuevo régimen es evidente. Supone la confianza mutua sin juez. El propio Considerando 55 del Reglamento extiende el principio de confianza mutua a los acuerdos y, como tal, a una interpretación restrictiva de los motivos de denegación del reconocimiento. El peligro de extender el reconocimiento procesal a un ámbito en el que no ha intervenido un juez (ni autoridad equiparable por realizar un control sustantivo) es la ausencia de control de fondo durante el “proceso” y en la fase de reconocimiento.

El fenómeno corre paralelo a una progresiva extensión del sistema de reconocimiento mutuo de actos de estado civil impulsado, desde el año 2010, con un ambicioso proyecto de reconocimiento en este ámbito³⁴. La perspectiva de reconocimiento triunfa claramente sobre las normas de conflicto, de modo que el primero va incorporando instituciones que tradicionalmente se han construido o controlado a través de técnicas de Derecho aplicable. En este contexto cabe interpretar también las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-646/20 cuando iguala la eficacia constitutiva del matrimonio con la del divorcio (apdo. 48). El mismo efecto arrastre del Derecho de extranjería o del régimen de libre circulación de ciudadanos de la UE acentúa el papel del reconocimiento de las relaciones familiares “constituidas” en un Estado, al margen de las técnicas clásicas de DIPr. En el marco del Derecho Unión Europea, una obligación de esta admisión de pleno derecho se deriva del principio de unicidad del *status* del ciudadano de la Unión, que incide directamente en materias de estado civil cuando está en juego la libre circulación de personas y se trata de evitar que el ámbito de aplicación personal de las normas UE pueda variar de un Estado miembro a otro. El impacto se ha dejado sentido sentir en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo en el asunto *Coman*³⁵ y ahora también en relación con la filiación, en el asunto *Pancharevo*³⁶.

2. Condiciones del reconocimiento

11. El Reglamento Bruselas II ter impone, en el art. 64, dos exigencias para definir su ámbito de aplicación: que se trate de documentos públicos formalizados o registrados o acuerdos registrados y que lo estén en el Estado competente conforme a las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento. A ello debe añadirse, conforme al art. 65.1, el carácter vinculante que debe tener el documento público y el acuerdo en el Estado de origen. Dichos presupuestos deben acreditarse en la certificación del art. 66, que debe expedir el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado de origen – incluida en la Comunicación enviada al efecto conforme al art. 103 - certificación que resulta preceptiva para el reconocimiento³⁷.

12. El requisito del registro del acuerdo es una novedad en Bruselas II ter respecto del art. 46 de Bruselas II bis, que no establecía expresamente tal exigencia para el efecto ejecutivo de un acuerdo, requiriendo únicamente que tuviera eficacia ejecutiva en el Estado de origen, pudiendo cubrir tanto títulos judiciales (como las transacciones judiciales) como extrajudiciales³⁸. Ello podría generar cierta confusión sobre la identificación de un Estado de origen en relación con un acuerdo meramente privado,

³⁴ Libro verde sobre reconocimiento estado civil COM (2010) 747 final.

³⁵ STJUE, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385

³⁶ STJUE, Gran Sala, de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008

³⁷ Habrá que esperar a las Comunicaciones que eleven los Estados para comprobar quiénes serán competentes para emitir la correspondiente certificación. Si nos orientamos por el sistema seguido para otros Reglamentos, se partirá de que la misma “autoridad” que formalizó el documento público o intervino en el acuerdo de divorcio podrá expedir la certificación correspondiente. La solución es práctica, aunque queda la duda sobre la idoneidad de tal coincidencia.

³⁸ Cf. U. MAGNUS en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *European Commentarie on Private International Law Commentary*, Vol. IV *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, Dr. Ottoschmidt, 2017, pp. 415-416; Th. Rauscher, en *op. cit.*, pp. 364-365

confusión que ahora queda disipada³⁹. Por otra parte, el registro solo es necesario para los acuerdos, pero no para los documentos públicos que pueden estar meramente “formalizados” en un Estado miembro. Queda ahí un posible resquicio de problema de calificación entre documento público y acuerdo, dado que una posible consideración como verdadero documento público del divorcio notarial francés le eximiría de la necesidad de registro.

Respecto al tipo de registro, y a falta de indicación en otro sentido en el Reglamento, no necesita ninguna cualidad especial (sea administrativo o civil, tenga carácter constitutivo o no). Por ejemplo, en el Derecho francés, la fuerza vinculante del acuerdo de divorcio hace con el depósito notarial sin que el registro del divorcio sea preceptivo con carácter general, solo dependiendo de sus efectos económicos o de la inclusión de inmuebles⁴⁰; sin embargo, tal inscripción es presupuesto para su eficacia transfronteriza si entendemos que el acta notarial no es documento público. Sí es necesario que esté registrado por “una autoridad pública competente para hacerlo”, según se indica en el Considerando 14, lo que proporciona un dato cierto de publicidad y también permite la “localización” del acuerdo en un Estado determinado. A tal efecto, los Estados deberán comunicar tales autoridades, de conformidad con el art. 103 del Reglamento. Es en todo caso imprescindible, como decimos, que tales acuerdos tengan fuerza vinculante (cosa juzgada) en el Estado de origen para que puedan tenerlo en otros Estados. Su naturaleza no tiene que ser contractual, sino equiparable a una resolución judicial.

13. Se exige, además, que la autoridad que haya formalizado el documento o registrado el acuerdo tiene que pertenecer a “un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Desde una perspectiva dogmática, este control puede parecer incoherente en la medida en que no hay un tribunal interviniente en este caso. Desde la perspectiva de la confianza mutua, puede parecer además paradójico introducir un control de competencia que, como regla general, está proscrito en los Reglamentos UE. Bien es cierto, que en este caso el control se debe realizar ya en origen, condición para expedir la certificación conforme al art. 66.2.a). Este control de competencia adquiere pleno sentido en este ámbito si se valora como un instrumento para evitar el *forum shopping* o turismo civil (en este caso, el turismo divorcista), al exigir una mínima vinculación con el Estado de origen. Aquí se producirá necesariamente un impacto de “arriba (Reglamento) hacia abajo (Derechos nacionales)” puesto que la opción legislativa por un divorcio sin juez de configuración universal conllevará divorcios claudicantes, no reconocibles en otros Estados de la UE. El impacto se dejará sentir, por ejemplo, en el Derecho francés, sobre el que volveremos posteriormente.

En este contexto, será relevante el juego del doble sistema de aplicación de los foros de competencia establecido en el art. 6 de Bruselas II ter, que remite, cuando el cónyuge demandado no sea nacional ni residente en un Estado UE, al Derecho autónomo. Al margen de la problemática de identificar un demandado cuando se trata de divorcios por mutuo acuerdo⁴¹, lo cierto es que, al menos cuando ninguno de los cónyuges sea residente ni nacional de un Estado miembro, la remisión al Derecho autónomo permitiría una aplicación de foros universales y tal divorcio registrado sería reconocido en el resto de los Estados miembros. Incierto será, sin embargo, su reconocimiento en los terceros Estados con los que los cónyuges estén vinculados.

Finalmente, tal control de competencia no solo se realiza sobre los acuerdos registrados, sino también respecto a los documentos públicos. Aunque esta conclusión no se explicita con total claridad en la redacción del art. 64, sí se deriva del art. 66.2.a) a los efectos de expedir la correspondiente certificación.

14. Desde el punto de vista del procedimiento, la equiparación de los acuerdos registrados a las resoluciones judiciales implica su reconocimiento automático, en los términos de los arts. 30 y ss. Las consecuencias más inmediatas se manifiestan en el ámbito registral, cuando pretendan inscribirse

³⁹ En relación con las dificultades para localizar un Estado de origen respecto a los acuerdos cuando no intervenía ningún tipo de autoridad, *vid.* Th. RAUSCHER, en *op. cit.*, p. 365.

⁴⁰ *Vid.* la Circular de 2017, ficha 8.

⁴¹ Una interpretación maximalista del artículo 6 implicaría que la mera presencia de un cónyuge nacional o residente en un Estado miembro desactivaría la aplicación residual de las reglas de competencia de los Derechos nacionales.

en los Registros civiles de otros Estados miembros. Para el caso del Derecho español, ello implica el desplazamiento de los arts. 97 y 98 LRC en relación con un divorcio consensual francés o administrativo italiano; precepto que seguirá vigente respecto de divorcios privados procedentes de terceros Estados⁴².

15. Desde la perspectiva de los motivos de denegación del reconocimiento, además del presupuesto indicado del control de la “competencia” del Estado de origen, el art. 68.1 reproduce, en esencia, los mismos motivos establecidos en el art. 38 para las resoluciones judiciales, excepto lógicamente el apartado relativo al respeto de los derechos de defensa que, en este contexto del mutuo acuerdo, no tendría sentido.

El orden público debería interpretarse, siguiendo las pautas generales del reconocimiento, de manera estricta. Por una cuestión de coherencia interna, está claro que dicho motivo no puede invocarse para rechazar la eficacia del divorcio privado, dado que ello chocaría frontalmente con la admisión expresa en el Reglamento. Cabe entender, por tanto, superado el planteamiento sostenido por el Gobierno polaco en el asunto C-646/20, que justificaba la invocación del orden público frente al Derecho italiano⁴³.

Sin embargo, el orden público sí podría tener interés en este ámbito para realizar un control sobre el consentimiento, base del divorcio por mutuo acuerdo, aunque sin perder de vista que el reconocimiento procesal precisamente impide realizar una revisión de fondo. Las garantías en torno al consentimiento han sido recurrentes, en cuestiones de forma y de fondo, en los Reglamentos de familia precisamente en la idea de garantizar la información y proteger la libertad y la equidad entre los cónyuges⁴⁴. El problema se plantea en los divorcios por acuerdo si el papel del notario o del encargado del registro se limita a un control meramente formal⁴⁵. Este ha sido uno de los argumentos tradicionalmente empleados precisamente para no extender el “reconocimiento procesal” a los divorcios privados en los que no ha intervenido ninguna autoridad para contrastar ese consentimiento⁴⁶. Los propios trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) mostraban su reticencia a admitir la eficacia de un divorcio consensual privado, precisamente por la falta de control sobre el consentimiento⁴⁷.

Por una parte, estaría la exigencia de un consentimiento informado, libre y válidamente emitido. Por otra parte, un posible control sobre la equidad del acuerdo. Desde la perspectiva de Bruselas II ter, este último aspecto es el menos relevante, en la medida en que el ámbito de aplicación del Reglamento se limita a la disolución del vínculo conyugal y, en su caso, a las cuestiones de responsabilidad parental.

⁴² Respecto a la práctica española, la cuestión dependerá de cómo se califique la intervención del notario extranjero, en la medida en que una intervención notarial equiparable a la judicial determinará un reconocimiento procesal y, por tanto, su sometimiento a *exequatur*; *vid.*, entre otros, el Auto de la Aud. Prov. de Lleida, Secc. 2ª, de 5 de mayo de 2021, ECLI:ES:APL:2021:173ª, con referencias a los criterios del Tribunal Supremo en la materia.

⁴³ *Vid.* en este sentido los apdos. 56 y ss. de las Conclusiones del Abogado General.

⁴⁴ El control de fondo del consentimiento ha tomado como modelo el implantado, para el ámbito patrimonial, en el art. 10 del Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I). A ello se han añadido, en el Derecho de familia, requerimientos cualificados de forma para evitar la falta de conocimiento y/o desequilibrio entre los cónyuges, de modo que deben cumplirse cumulativamente requisitos uniformes (escrito, fechado y firmado) y los requisitos previstos en la ley de la residencia habitual (eso sí, del Estado miembro) de cualquiera de los cónyuges: art. 7 de Roma III; para los regímenes económicos matrimoniales, el Reglamento (UE) nº 2016/1103 requiere en su art. 23, en relación con la validez formal del acuerdo de elección y art. 25 en relación con las capitulaciones matrimoniales junto, en este último caso, con la forma requerida por la ley rectora del fondo.

⁴⁵ Así se dice respecto de los notarios en el divorcio privado francés. El control del notario se limita a que se hayan incluido las menciones obligatorias a las que se refiere el art. 229-3 *Code civil* y que el menor ha sido informado. Nadie controla la realidad y libertad de ese consentimiento y de sus consecuencias. Algo similar ocurre en el modelo de divorcio consensual administrativo del Derecho italiano, en el que encargado del registro solo controla que se cumplan los presupuestos de ese divorcio (esto es, que no haya hijos menores ni acuerdos sobre patrimonio).

⁴⁶ Precisamente para este contexto, C. GONZÁLEZ BEILFUSS (“Party Autonomy...”, *loc. cit.*, p. 318) advierte de los peligros derivados de esta autonomía indirecta, a diferencia de la autonomía directa.

⁴⁷ En este sentido, en el art. 42 de Propuesta del GEDIP de un Reglamento sobre divorcio, hecha en Anvers, en septiembre de 2018, sometía los divorcios consensuales a un control de ley aplicada. Posteriormente, con ocasión de la reunión de Katowice, de septiembre de 2019, se generó una solución híbrida para los divorcios consensuales (nuevo art. 41 de la Propuesta) combinando el reconocimiento con un control de ley aplicada (nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges) y con motivos de denegación de reconocimiento basados en el orden público o el carácter inconciliable con otras decisiones y/o acuerdos. Particularmente interesante es la regla material, dentro de la cláusula del orden público, para denegar el reconocimiento si, antes de la conclusión del acuerdo, uno de los cónyuges no fue correctamente informado de los efectos del acuerdo o si su consentimiento no fue enteramente libre. *Vid.* toda la documentación en <https://gedip-egpil.eu>.

Además, según los modelos, el divorcio por acuerdo solo puede ser posible si no hay hijos y sin acuerdos patrimoniales, lo que impide visualizar un desequilibrio entre los cónyuges y la protección de la parte débil⁴⁸. Cuando el divorcio pueda alcanzar, según el Derecho nacional, a otros aspectos (como alimentos o régimen económico) la eficacia del acuerdo podrá ser excluida por el Reglamento respectivo, tal y como se verá más adelante.

Respecto a la denegación del reconocimiento basado en el carácter irreconciliable de las resoluciones/documentos públicos/acuerdos, esta se resolverá con arreglo a los criterios de prioridad temporal establecidos en el art. 68.1 del Reglamento adaptado a los caracteres del título en cada caso: no se trata de la fecha en que haya sido “dictada” la resolución, sino a la fecha de otorgamiento del documento o del registro del acuerdo, según lo que establezca en cada caso el Derecho nacional⁴⁹. La probabilidad de títulos no conciliables es alta por las dificultades de aplicación en estos casos del mecanismo de la litispendencia, como se indicará en el siguiente apartado. Evidentemente, no se apreciará incompatibilidad entre una resolución previa de separación judicial respecto de un acuerdo de divorcio posterior.

III. Perspectiva de la competencia internacional: las técnicas procesales en modelos no judicializados

1. La vinculación indirecta a las reglas de competencia

16. Tradicionalmente, los denominados Reglamentos dobles han respondido a una necesidad de garantizar el reconocimiento mutuo de las decisiones apoyado en unos parámetros comunes de competencia judicial. Cabe entender, por tanto, que la competencia judicial internacional ha cumplido siempre una función accesoria respecto a la finalidad esencial que es el reconocimiento de resoluciones judiciales. En todo caso, examinados los criterios de competencia de Bruselas II ter, que permanecen inalterados respecto de Bruselas II bis, sorprende, por aparente incoherencia, la asimetría entre reconocimiento y competencia: mientras que el primero se ha potenciado la autonomía privada, no ha ocurrido lo mismo con la segunda, que sigue sin incluir la sumisión como criterio de competencia judicial internacional. La única sumisión posible sería en relación con las demandas de mutuo acuerdo del art. 3.a) iv), aunque limitada a los tribunales de la residencia habitual de uno de los cónyuges. La incoherencia no solo es interna del propio Reglamento, sino también externa, en relación con los otros Reglamentos en materia de familia, que han ido incorporando, siquiera mínimamente, la autonomía de la voluntad como foro⁵⁰. Por lo que se trasluce de los documentos preparatorios de Bruselas II ter, no se trata de un olvido del “legislador europeo”, sino que es una opción premeditada⁵¹. La doctrina ya ha criticado esta restricción⁵². Podría entenderse que no se admitiera una sumisión ilimitada e incondicionada para evitar paraísos divorcistas. Pero sí podría haberse incluido una sumisión a tribunales coincidentes con la nacionalidad o residencia habitual de uno de los cónyuges, en el mismo sentido que se admite en los otros Reglamentos de familia. Con ello, se gana en coherencia y coordinación normativa; y, para los cónyuges, en seguridad jurídica y previsibilidad, permitiendo una organización y planificación ordenada de su vida matrimonial y postmatrimonial.

La paulatina desjudicialización en el ámbito del Derecho privado ha obligado, como hemos visto, a extender el concepto de órgano jurisdiccional a quienes formalmente no son jueces. En ese caso, la equiparación, desde la perspectiva de la función jurisdiccional, de los notarios u otros profesionales a los

⁴⁸ Obsérvese que ese fue uno de los argumentos del Abogado General en el asunto C-646/20 para justificar la posición pasiva del funcionario público en el Derecho italiano. (apdo. 42 de las Conclusiones).

⁴⁹ Así, por ejemplo, es la protocolización notarial la que da fecha cierta al acuerdo (art. 229-1 *Code civil*).

⁵⁰ Art. 4 del Reglamento (UE) n° 4/2009, en relación con los alimentos; art. 7 del Reglamento (UE) 2016/1103, en relación con los regímenes económicos matrimoniales.

⁵¹ *Vid.* que la cuestión de incorporar la autonomía de la voluntad como foro de competencia ya estaba en el Libro Verde de 14 de marzo de 2005; *vid.* un resumen de los antecedentes de Bruselas II ter en F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 77 ss.

⁵² *Vid.* esta paradoja resaltada en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy...”, *loc. cit.*, pp. 302 y ss.; también L.-M. NIBOYET, I. REIN LESTASTEREYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, p. 5.

jueces implica una sujeción de estos a las reglas de competencia judicial internacional de los Reglamentos. En coherencia con la ampliación del concepto de tribunal, los Reglamentos han ido incorporando el sistema de listado que cada Estado debe remitir a la Comisión, relacionando quiénes asumen el carácter de órganos jurisdiccionales en cada caso. Ello no ha resuelto definitivamente el problema, como se observa en la abundante jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión. Desde la perspectiva de Bruselas II ter, ni siquiera se ha previsto una remisión de tal listado.

Los Reglamentos en materia de familia y sucesiones se limitan a regular la competencia judicial internacional respetando el sistema organizativo interno del Estado, tanto en lo relativo a la competencia territorial, material y funcional, como a la distribución entre jueces y otros profesionales. Se parte inicialmente de una coherencia interna: toda resolución judicial implica una decisión de autoridad, que está vinculada por las reglas de competencia, al margen de que intervenga un juez (en sentido formal) o no. De este modo, en la medida en que un notario español o un encargado del registro civil portugués tiene una verdadera competencia decisora, ambos estarán vinculados por los foros de competencia de Bruselas II ter. El reverso de esta situación – esto es, la no vinculación por la competencia judicial internacional cuando el juez no dicte una resolución judicial – aún no se ha confirmado; antes al contrario, se ha afirmado tal vinculación siempre que intervenga un juez (en sentido formal) aunque no dicte una resolución, como ocurre cuando otorga certificados sucesorios nacionales⁵³.

17. Con el art. 65 de Bruselas II ter, se afronta otra perspectiva de esa desjudicialización con la equiparación de documentos públicos y acuerdos privados registrados a resoluciones judiciales. Esta equiparación no parece que lleve aparejada una vinculación directa de los órganos/profesionales/funcionarios intervinientes a las reglas de competencia judicial internacional, pensadas para tribunales o, a lo sumo, órganos equiparables a ellos. Esto es especialmente evidente en relación con la competencia de los encargados de los registros, porque la organización registral queda fuera de este y de otros Reglamentos. Así, en relación con el modelo de divorcio registral del Derecho italiano, la competencia del encargado del registro se establece en función de la residencia de uno de los cónyuges o de la inscripción previa del matrimonio en el registro⁵⁴. Este último criterio se justifica en virtud del tracto sucesivo registral, pero obsérvese que no tiene equivalente en Bruselas II bis/ter que ni siquiera recogen entre sus foros el del lugar de celebración del matrimonio. Sin embargo, en el modelo italiano del acuerdo negociado con abogados y en el que debe intervenir el Ministerio Fiscal adscrito al “tribunal competente”, tal competencia se entiende condicionada a los criterios de Bruselas II bis/II ter⁵⁵.

La ausencia de vinculación directa a los foros de Bruselas II ter, implica que tales foros no podrían servir para ampliar la competencia interna del notario francés o del encargado del registro civil italiano. Las consecuencias son perceptibles precisamente en relación con este último por la limitada competencia interna. Así, por ejemplo, dos italianos residentes fuera de Italia no podrían acceder a al divorcio registral de su país⁵⁶, porque el art. 3.b) de Bruselas II ter no funcionaría como norma atributiva de competencia.

18. Si la regla general es que los profesionales no están vinculados directamente por las normas de competencia, sí lo están indirectamente por las repercusiones que tiene sobre la eficacia transfronteriza del acuerdo registrado, en el sentido indicado de los arts. 64 y 66.2.a) del Reglamento. Y ese horizonte debería ser considerado por el legislador nacional cuando configura las condiciones en las que los acuerdos de divorcio pueden registrarse. En otro caso, el divorcio registrado en un Estado UE no podrá ser reconocido en el resto de los Estados UE y será, por tanto, claudicante.

La cuestión se ha puesto especialmente de relieve con el Derecho francés en lo que se ha denominado el nuevo “Las Vegas” del divorcio⁵⁷. Este problema es aún más grave si se considera que

⁵³ Sentencias de 21 de junio de 2018, asunto C-20/17: *Oberlé*, ECLI:EU:C:2018:485.

⁵⁴ Art. 12 *Decreto-Legge* n° 132/2014.

⁵⁵ En este sentido, cf. E. D'ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

⁵⁶ *Vid.* este problema en E. JAYME, “Rechtswirkungen von Privatscheidungen im italienischen Recht: Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts”, *IPRax.*, 2022, n° 74, pp. 75 y ss., esp. p. 78; S. CAPORUSSO, *loc. cit.*, pp. 724 y ss.

⁵⁷ Ver, entre otras, la crítica de H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, pp. 92-93. Así, se ha propuesto limitar la posibilidad de di-

el divorcio privado no es una alternativa a la vía judicial, sino que es preceptivo cuando existe mutuo acuerdo⁵⁸. La Circular del Ministerio de Justicia de 2017 claramente establece una competencia “cuasi universal” de los notarios franceses, al margen de la internacionalidad de la relación, indicando expresamente que, dado que los notarios no dictan una “decisión” de divorcio, no son “jurisdicción” a los efectos del Reglamento Bruselas II bis⁵⁹. Precisamente para evitar una explosión de divorcios franceses claudicantes, una parte de la doctrina llegó a calificar la función notarial como constitutiva y decisora, para que se viesan compelidos a respetar las reglas de competencia judicial internacional⁶⁰. Con Bruselas II ter, el respeto de tales reglas, como control indirecto, es ya evidente, lo que debiera suponer un impacto del Reglamento de “arriba hacia abajo” para restringir los supuestos de divorcios sin juez en Francia y adecuarlos a los criterios de competencia allí establecidos. Francia dejará de ser Las Vegas.

Algo similar debe interpretarse en relación con la modalidad del Derecho italiano del acuerdo negociado con abogados y ratificado por el Ministerio Fiscal adscrito al tribunal competente. Este se determina por el domicilio o residencia habitual de uno de los cónyuges o de la inscripción previa del matrimonio en el registro, pero tales criterios deben considerarse criterios de competencia territorial. La competencia judicial internacional debería entenderse sujeta en este caso al Reglamento, aunque no se indica así ni en la información aportada por los registros ni se han dado casos de declaración de incompetencia⁶¹.

En consecuencia, los foros de competencia de Bruselas II ter no son normas atributivas de competencia para los notarios o autoridades administrativas que no sean equiparables a un órgano jurisdiccional, pero tales foros sí actúan como máximos de competencia que los Estados miembros deben respetar si quieren que sus divorcios tengan efectos transfronterizos.

19. Cuestión adicional es la competencia para la revisión judicial de los acuerdos de divorcio. Creemos que habría que hacer aquí una distinción entre la revisión de las “resoluciones judiciales” dictadas por órganos no judiciales y los acuerdos privados registrados.

En el primer caso, el ejercicio de una función jurisdiccional por delegación o sujeta a control judicial provoca, necesariamente, que las reglas de competencia judicial internacional de los jueces y tribunales se extiendan a quienes actúen por delegación o bajo su control. Razones procesales justifican que los notarios o profesionales deben encontrarse en el mismo Estado que los jueces y tribunales que van a ejercer el control y revisión de los actos emanados de aquellos. ¿Qué sentido tendría que la intervención de un notario español fuera recurrible ante un juez francés cuyo criterio de competencia además desconocemos? Es decir, la distribución de competencias entre tribunales y profesionales equivaldría a un reparto de competencias similar a las reglas de reparto de competencia territorial, objetiva y funcional dentro de los Estados miembros. Está distribución está, por tanto, supeditada al cumplimiento previo de las normas de competencia judicial internacional establecidas en los Reglamentos⁶². Cabe recordar que, excepto para algunos casos de competencia territorial en Bruselas I bis, las normas de competencia de los Reglamentos son solo como normas de carácter general, que no prejuzgan la competencia concreta de los órganos estatales.

divorcio consensual francés a los casos de residencia común o al menos residencia de uno de los cónyuges en Francia, *vid.* L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROVT, *loc. cit.*, p. 6. Los problemas aún se podrían multiplicar más: por ejemplo, se plantearía la cuestión de la intervención de abogados extranjeros en Francia para realizar divorcio por mutuo acuerdo, en ejercicio de la libre prestación de servicios. Sobre la posibilidad de que intervengan notarios no franceses, y las dudas suscitadas por parte de la doctrina, *vid.* M. PEREÑA VICENTE, *loc. cit.*, p. 29.

⁵⁸ Así lo indica E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 62.

⁵⁹ *Vid.* la ficha 6 de la Circular. Es importante, además, la precisión de que los Cónsules no tienen competencia para estos divorcios por mutuo acuerdo.

⁶⁰ P. HAMMJE, “Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans fore”, *Rev. Crit. Dr. Int. pr.*, 2017, pp 143 y ss., esp. p. 147.

⁶¹ E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

⁶² Tal planteamiento, basado en criterios de funcionalidad y tutela judicial efectiva, se ha defendido por M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2007, p. 119); *vid.* también P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley de Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 147 y ss., esp. p. 154.

En el segundo caso, se trata de un acuerdo emanado de las partes que ha sido registrado y que, pretende impugnarse posteriormente judicialmente, por existir algún vicio de consentimiento, falta de capacidad o vulneración del orden público⁶³. Es importante considerar que en el Derecho francés el acuerdo “protocolizado” por el notario puede ser objeto de revisión judicial, y así se ha previsto en la Circular de 2017 por ejemplo para el caso de introducir una cláusula resolutoria del divorcio que sería nula por contravenir el orden público⁶⁴. De hecho, el control judicial ha de ser posible, porque no puede haber espacios sin ley. Ahora bien, esto no debe rebajar el carácter del divorcio consensual notarial o registral, dado que, para que este pueda tener eficacia en el sentido del art. 65, ha de tener fuerza vinculante en el Estado de origen equiparable a una resolución judicial⁶⁵. En ese contexto, la revisión judicial debe articularse como un mecanismo “de apelación” que, en consecuencia, deberá seguir el mismo régimen que cualquier recurso procesal incluido dentro de un procedimiento⁶⁶.

2. Los problemas de aplicación de la competencia en un modelo no judicialista

20. La ausencia de vinculación directa de los profesionales a las reglas de competencia del Reglamento también provoca consecuencias desde la perspectiva de las normas de aplicación, en particular, en relación con el control de oficio de la competencia y el funcionamiento de la litispendencia y la conexidad.

21. Respecto al control de oficio, la respuesta parece sencilla: en la medida en que el profesional/funcionario/encargado del registro no está vinculado directamente por las reglas de competencia del Reglamento, en esa misma medida no estará obligado a realizar un control de oficio de su competencia. Así se ha indicado ya respecto al Derecho italiano⁶⁷. Las únicas reglas de competencia que deben confrontar son las de competencia territorial, funcional y material. Es irrelevante también en este caso el doble juego de los foros del Reglamento Bruselas II ter conforme al art. 6, de aplicación exclusiva cuando el cónyuge demandado es nacional o tiene residencia habitual en un Estado miembro o de aplicación prioritaria, junto a las normas nacionales subsidiarias, si no se dan esas circunstancias.

22. A lo anterior, debe añadirse la cuestión sobre la sujeción de los profesionales a las reglas sobre litispendencia y conexidad. Nuevamente el argumento formal (no son jueces ni equiparados a ellos) conduciría a una respuesta negativa. Sin embargo, una calificación funcional estaría plenamente justificada si de lo que trata es de impedir, a toda costa, “decisiones” inconciliables⁶⁸. Obsérvese que el Considerando 14 del prólogo del Reglamento equipara los acuerdos privados a las resoluciones, pero el registrador no está equiparado al juez, lo que tiene importantes consecuencias para una litispendencia que, en estos casos, no podría evitarse⁶⁹. Un encargado del registro difícilmente puede considerar un proceso judicial pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro, a menos que exista una previsión en ese sentido. La respuesta podría no ser la misma si la perspectiva de una segunda “demanda” se produce ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro estando “pendiente” un mutuo acuerdo ante autoridades o profesionales de otro Estado miembro. Nos encontramos en estos supuestos con un doble aspecto, uno puramente procedimental y otro sustantivo.

⁶³ Vid. P. HAMMJE, *loc. cit.*, p. 150.

⁶⁴ Así se indica que el recurso contra la validez del acuerdo se realizará ante el *tribunal de grande instance*, ficha 2.

⁶⁵ Cf. esta equiparación en la Circular de 2017, ficha 9. Algunos ven en la posibilidad de recurso una exclusión de la eficacia de cosa juzgada; *vid.* en M. PEREÑA VICENTE, *loc. cit.*, pp. 38-39 y referencias allí contenidas.

⁶⁶ Caso contrario – es decir, si tuviera un carácter puramente contractual – el régimen jurídico del acuerdo seguiría el sistema de competencia de Bruselas II bis y de ley aplicable de Roma III.

⁶⁷ E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

⁶⁸ Así se planteó en el asunto *Schlömp*, en relación con una posible litispendencia vinculada a una conciliación previa ante un órgano de conciliación suizo, considerado “tribunal” a estos efectos STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-467/16: *Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993.

⁶⁹ La cuestión es si, desde la perspectiva interna, los notarios o registradores tienen herramientas para paralizar escrituras o inscripciones por decisiones judiciales previas (o procesos abiertos y pendientes fuera) E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, pp. 70 y 74.

Desde un punto de vista estrictamente procedimental, debe determinarse cuándo se entiende producida la pendencia de un proceso. Iniciado en un ámbito judicial, la cuestión está clara en los Reglamentos UE, que introducen un criterio uniforme vinculante para jueces, pero que también debiera ser considerado por otros profesionales⁷⁰. Iniciado en un ámbito no judicial, dependerá de cada regulación nacional identificar cuándo comienza el “proceso”: si se trata de un mero registro, podría ser inmediato por lo que propiamente podría no haber pendencia; si deben intervenir otros profesionales, como los abogados franceses, mientras se esté negociando el acuerdo será difícil dotar a esta negociación de una fuerza de pendencia para paralizar un proceso judicial. Podría identificarse una fecha de inicio, por ejemplo en el Derecho francés, cuando esté pendiente el período de reflexión que debe transcurrir entre la recepción del proyecto de acuerdo a los cónyuges y su firma⁷¹. Pero, aun así, ante una eventual demanda judicial posterior ante un tribunal, no está previsto ningún mecanismo de apreciación de una litispendencia porque el art. 20 del Reglamento solo piensa en una pendencia procesal. Para situaciones de este tipo, se ha propuesto una estrategia consistente en iniciar un proceso judicial en Francia y, posteriormente, a través de la pasarela del art. 247 *Code civil*⁷², abrir un mutuo acuerdo.

Entra en juego, entonces, el aspecto sustantivo. Nada impediría que, iniciado un proceso judicial, los cónyuges quisieran reconvertirlo a un mutuo acuerdo extrajudicial. En ese caso, en buena lógica, no es necesario – ni siquiera conveniente – que se impida el mutuo acuerdo por la apreciación de la pendencia de un contencioso. Es más, debería traerse el inicio del mutuo acuerdo para paralizar la continuación del proceso judicial en origen. Cabe lamentar, sin embargo, que Bruselas II ter carezca de una norma similar al art. 8 del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, lo que hubiera facilitado la coordinación entre procedimientos⁷³. Por otra parte, desde la perspectiva interna, la pendencia de un proceso judicial puede ser un obstáculo para formalizar un acuerdo privado de divorcio. En ese sentido, el Consejo Superior del Notariado francés recomienda a los notarios que no depositen un divorcio de mutuo acuerdo si está pendiente un proceso judicial: en concreto, los notarios deben pedir que se acredite que tal proceso no esté abierto⁷⁴.

También sería posible la situación inversa: que un mutuo acuerdo iniciado pasara a contencioso judicial⁷⁵. Si el mutuo acuerdo ya se ha registrado, el “proceso” habrá finalizado y, en esta medida, puede invocarse el reconocimiento incidental del acuerdo de divorcio para paralizar el proceso contencioso posterior. Cuestión diferente es si el “proceso” de mutuo acuerdo aún no ha finalizado, por ejemplo, por estar dentro del período de reflexión habilitado por los Derechos nacionales para la firma y ratificación del acuerdo⁷⁶: si, durante ese plazo, uno de los cónyuges plantea una demanda de divorcio contencioso ante tribunales de otro Estado, parece poco probable que se ratifique en el divorcio privado inicial. No obstante, dada la brevedad de los plazos, quizá lo razonable pudiera ser suspender la continuación del proceso a expensas de lo que definitivamente ocurra con el mutuo acuerdo pendiente. Esta brevedad del plazo impediría que se pudiera producir una dilación injustificada, y perjudicial, para el otro cónyuge, como consecuencia de esa suspensión temporal.

En otros casos, la conversión del divorcio consensual en divorcio judicial es preceptivo, como ocurre en el Derecho francés si, en el trámite de audiencia a los menores, estos así lo solicitan. Dándose esta circunstancia, procede el archivo de la tramitación iniciada y la continuación por vía judicial ante el

⁷⁰ *Vid.* al efecto el art. 17 del Reglamento Bruselas II ter, en relación con la fecha de iniciación del procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

⁷¹ *Vid.* art. 229-4 del *Code civil*.

⁷² El art. 247 *Code civil* permite a los cónyuges solicitar, en cualquier momento de un procedimiento judicial, la conversión de un divorcio judicial en consensual notarial.

⁷³ La articulación podría inspirarse, como decimos, en el art. 8 del Reglamento de sucesiones, en esa idea de coordinar procedimientos judiciales y extrajudiciales, pero no sería exactamente la misma, porque el art. 8 está pensado para procesos judiciales que se hayan abierto de oficio, algo que no ocurre en los procesos de divorcio.

⁷⁴ Véase en L.-M. NIBOYET, I. REIN LESTASTEREYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, 16.

⁷⁵ En este sentido, *vid.* el art. 1148-2 del *Code de procedure civile*.

⁷⁶ En el Derecho francés, los cónyuges pueden revocar su consentimiento y renunciar al divorcio hasta el momento del depósito notarial del acuerdo, fecha a partir del cual adquiere fuerza vinculante; *vid.* la Circular de 2017, ficha 6.

tribunal que tenga competencia judicial internacional para ello conforme a Bruselas II ter, sea el tribunal francés o el de otro Estado⁷⁷.

IV. Perspectiva de la ley aplicable: el alcance del control en origen

1. La inclusión de los divorcios sin juez en Roma III

23. Queda por determinar si los profesionales intervinientes en un mutuo acuerdo quedan sujetos a las reglas de Derecho aplicable de Roma III. El concepto de “órgano jurisdiccional” de Roma III es muy amplio, al igual que ocurre en Bruselas II bis/II ter. Por ello, se ha defendido su aplicación incluso cuando el Derecho estatal atribuye a los encargados del registro la competencia sobre el divorcio⁷⁸. Sin embargo, tradicionalmente, se ha interpretado que el divorcio privado ha quedado fuera de su ámbito de aplicación: así se ha derivado de su Considerando 10, de su paralelismo con Bruselas II bis y, sobre todo, de la posición del TJUE en el asunto *Sahyouni*. Era un momento en el que el Derecho de los Estados UE tampoco preveían los divorcios no judiciales. Todo apuntaba, por tanto, hacia el no. Sin embargo, es importante valorar el asunto *Sahyouni* en su contexto: se trataba de un divorcio realizado en un tercer Estado, de carácter religioso y, además, unilateral. Había demasiados elementos que podían explicar la respuesta del TJUE en ese caso.

24. El contexto normativo en los Estados UE, como vemos, ha ido cambiando y su influencia, junto con el revulsivo de Bruselas II ter, debe dejarse sentir⁷⁹. Por tanto, no debe hacerse una interpretación retrospectiva de Roma III, sino prospectiva. Claramente se observa aquí la evolución indicada de “abajo hacia arriba”: si en el contexto de Roma III, el planteamiento de un divorcio privado no podía contemplarse a la vista del Derecho comparado, una década después, Bruselas II ter responde a la evolución normativa que se visibiliza en el Derecho francés o italiano. Esta evolución evidencia un crecimiento asimétrico de Bruselas II ter respecto de Roma III. Tratar de mantener el paralelismo en estas circunstancias significa “adaptar” el Reglamento Roma III al nuevo contexto. Formalmente, el articulado de Roma III nos da poco margen, pero tampoco invalida o imposibilita una interpretación inclusiva de los nuevos divorcios privados. Estando amparados los acuerdos privados registrados por el art. 65 de Bruselas II ter, la idea es, como hemos dicho, tratar de adaptar los aspectos accesorios a ese reconocimiento: la competencia judicial ya ha sido analizada; ahora proceder hacer lo propio con el Derecho aplicable.

25. Para el ámbito del Derecho francés, la Circular del Ministerio de Justicia de 2017 defiende la inclusión de su modelo de divorcio privado en Roma III, basándose en los Considerandos 9 y 14 de Roma III⁸⁰: el Reglamento pretende crear un “marco jurídico claro y completo” en materia de ley aplicable al divorcio y se ofrece a los cónyuges la libertad de designar una ley que presente vínculos estrechos. Ciertamente, dejar fuera de Roma III los divorcios privados, nos devuelve al DIPr. de los Estados

⁷⁷ P. HAMMJE, *loc. cit.*, p. 150.

⁷⁸ G.-P. CALLIES y M. RENNER, *Rome Regulations Commentary*, La Haya, Walters Kluwer, 2020, 3ª ed., p. 926. Una interpretación amplia también se defendió por P. HAMMJE (“Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, pp. 291 y ss., apartado 7) destacando que lo que importa es el objeto del procedimiento, no sus modalidades y, por tanto, podrían aplicarlo tanto los órganos jurisdiccionales en sentido estricto como las autoridades administrativas o los notarios, abarcando formas variadas de divorcio, desde un procedimiento judicial a una declaración de voluntad privada simplemente autenticada, o incluso un divorcio puramente privado. Sin embargo, siguen excluidos del ámbito del texto los procedimientos puramente religiosos, puesto que en estos casos la autoridad no interviene en nombre del Estado miembro participante, salvo si ha sido instituida por él.

⁷⁹ Es pertinente destacar, en este contexto, el apdo. 45 de la STJUE en el *Sahyouni*, citando las conclusiones del Abogado General: “en el momento de la adopción de este Reglamento, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que participaban en tal cooperación reforzada, sólo los órganos públicos podían adoptar resoluciones con valor jurídico en la materia”.

⁸⁰ *Vid.* en la ficha 4 de la Circular.

miembros y a soluciones poco conciliables con la movilidad de personas en la UE; así se ha puesto ya de relieve, por ejemplo, en relación con italianos residentes en Alemania o alemanes residentes en Italia⁸¹. En consecuencia, no aporta nada excluir este tipo de divorcios de Roma III; antes al contrario, contradice la tendencia imperante y existen argumentos sustantivos que justificarían tal inclusión. Por una parte, debe entenderse subyacente en el Reglamento la protección del mutuo acuerdo entre los cónyuges, de modo que la unificación de reglas de Derecho aplicable trata de evitar una carrera a los tribunales (*race to the court*) de uno de los cónyuges frente a otro con la finalidad de buscar una ley más favorable a la protección de sus intereses⁸²; no tendría sentido derivar de Roma III ninguna limitación o restricción a dichos acuerdos. Por otra parte, Roma III no solo protege la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino que incorpora un *favor divortii* en su art. 10, que redundaría en favorecer la vía extrajudicial si ello facilita el divorcio. Finalmente, incluso podría entenderse que la intervención y consideración del “órgano jurisdiccional” asume un papel secundario en Roma III por la propia amplitud del concepto utilizado⁸³. Es más, una interpretación paralela con Bruselas II ter, conllevaría una sinergia con las reglas de competencia judicial que, indirectamente, debieran ser un horizonte en la configuración de la competencia y, en medida similar, en la ley aplicable.

26. Si excluir los divorcios privados de Roma III no aporta nada, entonces podemos formular la pregunta a la inversa: si aporta algo la inclusión de estos divorcios en Roma III. Sintéticamente, puede decirse que las aportaciones más relevantes tienen que ver con las garantías del consentimiento de los cónyuges y con la finalidad de evitar, en la medida de lo posible, divorcios claudicantes.

2. Función de la ley aplicable en los modelos no judicializados

27. La aplicación actual de Roma III tiene que convivir con modelos que siguen siendo judicialistas (como el alemán), con modelos que ya no lo son (como el francés o el administrativo italiano), junto con modelos intermedios (como el español). En este sentido, se ha planteado la duda sobre si el notario español debe aplicar Roma III o se “revitaliza” al art. 107 C.c. que, en este caso, nos conduciría nuevamente al Reglamento⁸⁴.

28. Para un modelo judicializado, la aparición de divorcios privados en el Derecho comparado no altera su régimen y ni su procedimiento para dictar una resolución de divorcio. En efecto, iniciado un proceso ante un juez alemán, incluso aunque se aplique el Derecho francés (por el art. 5 o por el art. 8 de Roma III), seguirá con el procedimiento judicial establecido en el Derecho alemán. La opción por un divorcio judicial/no judicial es una cuestión procesal, perteneciente a la organización y competencia exclusiva de cada Estado. Por ello, el modelo del art. 229-1 del *Code civil* tiene un componente “procesal” que solo vincula a los abogados y encargados del registro francés; los jueces de otros Estados miembros, solo extraerían de ese precepto una cuestión sustantiva: la admisibilidad del divorcio de mutuo acuerdo. A similar conclusión cabe llegar cuando nos encontremos ante divorcios notariales equivalentes a los judiciales, como sería el caso del Derecho español, de modo que condiciones procedimentales establecidas por la ley extranjera como, por ejemplo, un plazo de reflexión entre la voluntad de divorciarse y su ratificación posterior, deberían considerarse como cuestiones procesales y, por tanto, no aplicables⁸⁵.

⁸¹ Vid. E. JAYME, *loc. cit.*, pp. 75 y ss.

⁸² Así se deriva del propio Considerando 9, *in fine*.

⁸³ Destacaba el propio Abogado General, en el asunto *Sahyouni*, que el divorcio privado no está excluido de forma expresa de dicho ámbito de aplicación (apdo. 60).

⁸⁴ Vid. en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy...”, *loc. cit.*, pp. 315-316. Ver la crítica y la preocupación sobre este punto de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 19-20.

⁸⁵ Esta cuestión se ha planteado, por ejemplo, en relación con el Derecho ecuatoriano que establece un plazo de dos meses entre el escrito manifestando su voluntad de divorciarse y la preceptiva ratificación posterior, *vid.* en “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, <http://www.millenniumdipr.com/n-240-divorcio-notarial-de-nacionales-ecuatorianos-residentes-en-espana-problematika-y-vias-de-solucion>

Adicionalmente, para el sistema alemán, Bruselas II ter sí desplaza la posible aplicación de Roma III en su función de control de ley aplicada (o reconocimiento conflictual) respecto de un divorcio privado francés. Recordemos que Bruselas II ter desactiva el art. 17(1) EGBGB, por lo que los divorcios privados registrados tendrán preceptivamente que seguir el reconocimiento procesal del art. 65 del Reglamento.

29. Para un modelo no judicialista, el interrogante es si los profesionales o funcionarios no judiciales intervinientes deben aplicar Roma III. Procede una respuesta afirmativa cuando el órgano no judicial ejerce una actividad decisora, como puede ocurrir con los notarios españoles o el encargado del registro civil portugués, quienes asumen una verdadera competencia para valorar de fondo el acuerdo presentado y proceden a dictar una decisión de divorcio, con los mismos efectos que una sentencia judicial⁸⁶.

El interrogante puede parecer superfluo y hasta paradójico: ¿por qué plantearse la vinculación a un sistema de ley aplicable cuando, en realidad, no hay autoridad interviniente con competencias decisorias y todo se basa en un acuerdo de los cónyuges? Ahora bien, si la respuesta es negativa, ¿cómo es posible que exista un espacio sin ley para el que, además, garantizamos un reconocimiento procesal sin control de fondo? Precisamente los riesgos derivados de ese reconocimiento procesal serían un argumento a favor de que todos los intervinientes en un divorcio estuvieran obligados a seguir el sistema de ley aplicable. Lo contrario significaría consagrar el espacio sin ley y, además, hacerlo con el beneplácito de la confianza y reconocimiento mutuos.

Por una parte, ese referente normativo estatal permite fundamentar la propia admisión del divorcio por mutuo acuerdo. Para ello está el art. 5 de Roma III que permitiría partir del modelo de divorcio privado establecido en el Estado de la residencia habitual común, del último lugar de residencia común si uno de ellos aún reside allí o de la nacionalidad de cualquiera de ellos, conexiones todas ellas referidas al momento de la celebración del convenio. En la medida en que, al menos indirectamente, partimos de un Estado competente, también podemos considerar la posibilidad de elegir el Derecho del foro que, siendo formalmente aplicable respecto de un “tribunal”, podría extenderse al notario y registro del Estado correspondiente⁸⁷.

Por otra parte, si la base del divorcio es el acuerdo de los cónyuges, estrictamente no hay aplicación directa de una ley estatal. Lo relevante sería informar a las partes del marco normativo imperativo que puede incidir en la validez y eficacia de los acuerdos de los cónyuges. Por tanto, la referencia de un Derecho estatal debería utilizarse para enmarcar el régimen imperativo de disponibilidad de las partes y cuyo contenido debe trasladarse a los cónyuges por los profesionales que participan en el divorcio. En este sentido, en el Derecho italiano, el divorcio consensual negociado con abogados, estos tienen que certificar que el acuerdo alcanzado es conforme a las normas imperativas y al orden público⁸⁸.

Más dudas se han planteado sobre el papel que desempeña el notario en el Derecho francés. Sustantivamente, está claro que el acuerdo de divorcio ha de cumplir con condiciones legales. En este sentido, la Circular del Ministerio de 2017 somete la validez del acuerdo de divorcio al Derecho de los contratos del art. 1129 del *Code civil* - entendiéndose por tales la existencia de consentimiento de los cónyuges, que sea lícito y claro y que se reúnan las condiciones de capacidad - con algunas particularidades derivadas del Derecho de familia. Así, por ejemplo, podrían considerarse contrarios al orden público una cláusula resolutoria del divorcio, que equivaldría en la práctica a una revocabilidad del divorcio, o pactos de no contraer nuevo matrimonio⁸⁹.

30. Cuestión diferente es quién debe asumir ese control: si el notario o a través de una posterior una revisión judicial. La propia Circular de 2017 establece que el notario debe realizar un control de regularidad (pero no de equidad) de la documentación que se le presenta. No obstante, es un hecho

⁸⁶ *Vid.* art. 1776 del Código civil portugués. Así lo destaca también D. HENRICH, *loc. cit.*, p. 40.

⁸⁷ *Vid.* L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, pp. 6 y 7. Cabe observar, sin embargo, que la Circular de 2017 (ficha 4) no cita la ley del foro entre las conexiones posibles.

⁸⁸ *Cf.* art. 5.2 del *Decreto-Legge* n° 132/2014.

⁸⁹ Ver también la Circular de 2017, ficha 2.

controvertido y discutido en la propia doctrina francesa si realmente el notario realiza control de legalidad o un mero control formal, como parece derivarse de la literalidad del art. 229-1 del Code Civil y de la Circular de 2017⁹⁰. Dicho control difiere totalmente del legalmente previsto para el divorcio por consentimiento mutuo judicial, en el que el juez solo homologará el acuerdo de divorcio si adquiere la convicción de que la voluntad de cada cónyuge es real y el consentimiento es libre y claro, teniendo expresamente la facultad de rechazar la homologación y no pronunciar el divorcio si constata que el acuerdo garantiza de manera insuficiente los intereses de los menores o de uno de los cónyuges⁹¹. Subsiste, además, la incógnita de si y cómo los notarios comprueban las condiciones de capacidad mínimas para poder suscribir el acuerdo de divorcio previstas en el art. 229-2.2º, al exigir que ninguno de los cónyuges puede encontrarse bajo un régimen de protección de mayores.

El resto de aspectos que puedan estar incluidos en el acuerdo de divorcio, relativos a la responsabilidad parental o a los alimentos, quedan en todo caso fuera de Roma III y su admisión dependerá de los respectivos Reglamentos aplicables. Considerado de manera aislada la disolución del vínculo, sería irrelevante para Roma III un control de equidad que, como tal, afectaría a la ordenación postmatrimonial del vínculo en cuanto a los hijos o a relaciones patrimoniales. Cuestión diferente sería la identificación de un consentimiento condicionado por alguno de los cónyuges a alguno de los pactos posteriores. Por ejemplo, una aceptación del divorcio a cambio de una generosa compensación económica. En este caso, podríamos preguntarnos si una eventual nulidad o falta de eficacia de esta podría anular o revocar el consentimiento dado. La respuesta debe ser negativa, en la medida en que no cabe someter el divorcio a condición resolutoria. Por este motivo, será entonces esencial que los cónyuges tengan una información precisa sobre el marco legal aplicable a todas las partes del acuerdo para que anticipen y calculen los riesgos para su eficacia transfronteriza. Y esa información debiera entrar dentro de las obligaciones de los profesionales que asesoren a los cónyuges o del encargado del registro antes de su inscripción. Sería otro ejemplo de impacto de “arriba hacia abajo” de los Reglamentos.

31. Debería prestarse especial atención a las garantías sobre el consentimiento, considerando que este es la base del divorcio por mutuo acuerdo. La cuestión ha preocupado específicamente en el sector del Derecho de familia por la posible manipulación o control de un cónyuge respecto a otro. Así puede verse, tal y como se ha indicado, en relación con las exigencias de forma en las cláusulas de elección de ley o en las capitulaciones matrimoniales. En el ámbito de Roma III, se imponen aquí los requisitos sobre la forma establecidos en el art. 7 para la cláusula de elección de Derecho aplicable y que están destinados precisamente a garantizar el consentimiento informado⁹². La limitación es que tales garantías solo están operativas para las cláusulas de elección de ley del art. 5; pero no serían aplicables si el Derecho en cuestión se aplica como conexión objetiva del art. 8 de Roma III.

Si el control de consentimiento no entra dentro de las atribuciones de la autoridad interviniente (notario, encargado del registro...), la cuestión es quién y cómo se realiza dicho control en el caso de los divorcios privados. El problema ha sido especialmente advertido por el GEDIP y por la doctrina, tal y como ya se ha comentado. La respuesta sobre “quién” debe hacer el control es complicada si la intervención del profesional es meramente formal. No obstante, la presencia preceptiva de un abogado por cada cónyuge se justifica precisamente para asegurar un asesoramiento y negociación efectiva, lo que ha servido para excluir la aplicación de los criterios de cláusulas abusivas en este contexto⁹³. También en este contexto deben valorarse las especiales exigencias de “procedimiento” destinadas a salvaguardar

⁹⁰ Conforme a la Ficha 6 de la citada Circular, el notario debe comprobar que se haya respetado el plazo de reflexión, que se hayan cumplido las exigencias formales del art. 229-1 y que consten los anexos correspondientes: el formulario de información del derecho de audiencia de los menores; los documentos públicos en caso de liquidación del régimen económico y prestaciones compensatorias (sin controlar su contenido); y una traducción al francés, si el acuerdo figura en una lengua extranjera. Sin embargo, según ejecutivo L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV (*loc. cit.*, p. 8) nos encontramos en este caso ante un control sustantivo, no procedimental, con base en el Art. 229-3, 3º del *Code civil*.

⁹¹ Vid. art. 232 del *Code civil*.

⁹² Véase en este sentido el Considerando 19 de Roma III

⁹³ En ese contexto, la Circular de 2017 del Ministerio de Justicia francés no aplica la exclusión de cláusulas abusivas en la medida en que se supone que la intervención de abogado es para asegurar una negociación efectiva entre los cónyuges (*vid. ficha 2*).

ese consentimiento. No debe obviarse la posibilidad de recurso judicial si, con posterioridad, se descubre que existió un vicio de la voluntad.

V. Problemas en relación con los efectos del divorcio

32. La admisión de la eficacia transfronteriza del divorcio privado del art. 65 de Bruselas II ter queda limitada al ámbito de aplicación del propio Reglamento; esto es, a la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, a los acuerdos relativos a la responsabilidad parental. Cuando la modalidad de divorcio privado admitida por el Derecho nacional solo cubre estos aspectos, el encaje entre la normativa nacional y el Reglamento es posible. El problema se plantea cuando se incluyen en el divorcio pactos económicos, sobre pensiones, alimentos o régimen económico matrimonial. Así ocurre en el Derecho francés⁹⁴ y también en la modalidad del Derecho italiano del acuerdo negociado mediante abogados⁹⁵. La fragmentación del postdivorcio en los diversos Reglamentos aplicables multiplica la complejidad sobre el tratamiento de cada uno de estos aspectos. Incluso podría producirse una incongruencia entre las exigencias “procedimentales” para la admisión y registro del divorcio por mutuo acuerdo con la eficacia transnacional del mismo: así ocurrirá cuando el requisito para la validez del divorcio por mutuo acuerdo exija la presentación de un convenio regulador cuya eficacia transfronteriza puede no estar asegurada. De tal modo, el acuerdo puede quedar registrado en el Estado correspondiente, pero luego sin efectos en la práctica porque no se cumplan las garantías de reconocimiento específico exigido para los otros aspectos. Los cónyuges deben ser advertidos de ese riesgo de acuerdos parcialmente claudicantes, porque, como se ha indicado, no cabe someter el divorcio a una condición resolutoria para el caso de incumplimiento o imposibilidad de ejecución de algunos de los acuerdos. Un consentimiento condicionado debería tenerse por no consentimiento y, por tanto, impedir el registro del mismo; si aun así se registrara, no tendría efecto una resolución posterior porque equivaldría un divorcio revocable que podría ir en contra del orden público del Estado requerido.

1. Acuerdos sobre responsabilidad parental

33. Respecto a los acuerdos sobre los hijos, la aplicación de Bruselas II ter facilita, parcialmente, la cuestión al incluir, el art. 65, los acuerdos registrados sobre responsabilidad parental en el reconocimiento procesal. En muchos casos, el divorcio consensual se condiciona a que no existan hijos menores o mayores dependientes; pero no siempre ocurre así, como ocurre en el Derecho francés, en la modalidad de asistencia por abogados italiana o en el Derecho portugués. De ser posibles tales acuerdos en el Derecho nacional del Estado del registro, su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros podrá rechazarse fundamentalmente por dos motivos: el control de la competencia judicial internacional y el cumplimiento de las garantías de audiencia de los menores.

34. El control de la competencia judicial internacional está implícito, como hemos visto, en el art. 64 en relación con el art. 66.2.a), que solo garantiza la eficacia transfronteriza de un acuerdo registrado en un Estado miembro que sea competente con arreglo a los criterios del Reglamento. El problema se presentará cuando los acuerdos de divorcio afecten a hijos que tengan su residencia habitual en un Estado diferente al del registro, ya sea en otro Estado miembro o ya sea en un tercer Estado parte (o no) del Convenio de La Haya de 1996. Ni siquiera en ese caso podría fundamentarse una competencia de autoridades/tribunales por vinculación estrecha con el menor con base en el art. 10 del Reglamento, porque el ejercicio de esa competencia está supeditado a una valoración “por el órgano jurisdiccional” sobre su conveniencia en interés del menor (art. 10.1).

⁹⁴ El art. 229-3 *Code civil* determina el contenido del acuerdo de divorcio para que sea válido, y que incluye los efectos del divorcio, incluida, en su caso, una pensión compensatoria, así como la mención de que el menor haya sido informado.

⁹⁵ Es la modalidad del art. 6 *Decreto-Legge* n° 132/2014.

Debe subrayarse la solución específica dada por el Código civil portugués en este ámbito. Recordemos que su modelo de divorcio administrativo implica, en realidad, una actividad decisora por parte del encargado del registro que, para el caso de menores, requiere contar con una certificación judicial sobre la regulación de la responsabilidad parental o, si no, una remisión al Ministerio Fiscal del juzgado de 1ª instancia competente en función de la circunscripción al que pertenece el registro para que se pronuncie sobre el mismo⁹⁶. Tal remisión funcionaría en clave territorial; para la competencia judicial internacional, procedería una remisión al tribunal internacionalmente competente. Lo mismo ocurre en la modalidad de asistencia letrada del Derecho italiano, en el que la presencia del Ministerio Fiscal está precisamente para asegurar el acuerdo en interés de los menores.

35. Por otro lado, el derecho de audiencia del menor es un obstáculo al reconocimiento y/o ejecución también por la ausencia de un control judicial que garantice dicho derecho. En este sentido, la ley francesa prevé el trámite de audiencia del menor únicamente a través de un formulario remitido y cumplimentado por los padres, pero sin control judicial y el control del notario se limita a que tal formulario conste entre los anexos de la documentación presentada⁹⁷. La judicialización sería imprescindible para su eficacia transfronteriza, ya sea con intermediación del juez francés o, si los menores se encuentran en otro Estado, abriendo la vía de la cooperación judicial internacional para garantizar esa audiencia. Por una parte, la certificación del acuerdo no deberá expedirse por la autoridad de origen si existen indicios de que su contenido es contrario al interés superior del menor (art. 66.3). En otro caso, solo existirá un motivo de denegación al reconocimiento y/o ejecución del art. 68.3, que establece una previsión un tanto laxa al indicar que solo cabe la denegación si se ha registrado el acuerdo “sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión” sin prever un procedimiento al efecto. Cabe entender que este debería ser especialmente garantista y con algún tipo de supervisión judicial⁹⁸. Y, desde luego, debe serlo si se pretende el reconocimiento del acuerdo de visitas del menor como “resolución privilegiada” del art. 42, que exige el cumplimiento de las garantías específicas sobre audiencia del menor⁹⁹.

En este contexto, si no podemos garantizar la eficacia transfronteriza de los acuerdos, la propuesta de la Circular del Ministerio de Justicia francés sería que las partes acudan al Juez de familia para aprobar el acuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del art. 1143 del *Code de Procedure civile*. Se hace imprescindible acudir finalmente a un juez¹⁰⁰.

2. Acuerdos sobre alimentos

36. Por lo que a la competencia se refiere, los profesionales intervinientes no van a quedar vinculados por ninguno de los Reglamentos potencialmente aplicables como reglas de competencia directas y solo en el ámbito de Bruselas II ter, los foros establecidos van a funcionar como reglas indirectas de competencia para los acuerdos relativos a la responsabilidad parental, en los términos indicados en el art. 64. Para el resto de Reglamentos, los criterios de competencia ni siquiera tendrán esa función de control indirecto en la medida en que no incluyen en su ámbito de aplicación el reconocimiento de los acuerdos privados.

No obstante, se plantea una lectura “difícil” cuando la competencia se basa en la accesoriadad de los “tribunales” del Estado que esté conociendo del divorcio. Esa accesoriadad aparece como compe-

⁹⁶ Art. 1776A del Código civil.

⁹⁷ Es manifiesta la posición crítica de los juristas franceses en este punto, siendo este uno de los aspectos denunciados por los juristas franceses ante la Comisión Europea (*vid. supra*). P. HAMMJE (“Le divorces par consentement...”, *loc. cit.*, p. 149) claramente pone de relieve que la audiencia al menor solo se realiza por los padres a través de un formulario, pero sin control judicial. *Vid.* también H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, pp. 98 y ss.

⁹⁸ Es significativo en este sentido que el art. 229-3 del *Code civil* incluye entre su contenido preceptivo la información por los padres del derecho de audiencia judicial del menor en los términos del art. 388.1 del mismo Código y este precepto establece que “*Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat*”.

⁹⁹ *Vid.* las garantías establecidas en el art. 21, en relación con el art. 47. *Vid.*, a propósito del art. 41 del Reglamento Bruselas II bis P. HAMMJE, “Le divorces par consentement...”, *loc. cit.*, p. 152.

¹⁰⁰ *Cf.* la Circular de 2017, ficha 10: L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCOSTERYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, p. 12.

tencia exclusiva en el art. 5 del Reglamento 2016/1103, que analizaremos posteriormente, y como una competencia alternativa para los alimentos en el art. 3 del Reglamento 4/2009. En este último caso, la competencia se establece en función del órgano jurisdiccional concreto que esté conociendo de la demanda sobre estado civil. Ese órgano se define con las exigencias del art. 2.2, que requiere una verdadera actividad decisora, lo que excluye a los profesionales que participan en los acuerdos de divorcio.

37. Respecto a la eficacia transfronteriza, esta queda condicionada a que se trate de resoluciones judiciales, con actividad decisora, de transacciones judiciales o de verdaderos documentos públicos, en los que haya intervenido una autoridad con el control de legalidad de contenido que exige el art. 2.3) del Reglamento 4/2009¹⁰¹. En la medida en que no existe ninguna previsión sobre los acuerdos registrados, debe identificarse concretamente en cada caso ante qué título nos encontramos y la ejecución del acuerdo dependería de los Derechos nacionales, sin que, por el momento, el Derecho español tenga una previsión más allá del efecto constitutivo-registral de la DA 3ª LJV y del art. 98 LRC, es decir, sometido a un reconocimiento conflictual¹⁰². Quizá pueda plantearse la elevación del acuerdo a una transacción judicial para lograr una eficacia ejecutiva por esta vía¹⁰³.

38. Desde la perspectiva material, la validez de los acuerdos sobre alimentos podría sustentarse en una extensión del art. 8 del Protocolo La Haya 2007, que permite la elección de la ley del divorcio. Pero aún en este caso deberían superarse varios condicionantes: el primero, extender el Protocolo de La Haya a un modelo no judicialista, lo que no debería entenderse problemático porque no establece un presupuesto de aplicación en función del juez; el segundo, cumplir las garantías formales del art. 8, especialmente relevantes como garantía del consentimiento; finalmente, respetar las limitaciones expresas sobre la posibilidad de renuncia a los alimentos o el respeto a la equidad, de los apdos. 4 y 5 del art. 8, que podrían activar el orden público.

3. Acuerdos sobre régimen económico matrimonial

39. En el art. 5 del Reglamento UE 2016/1103, la accesoriadad se establece en función de la competencia de “los órganos jurisdiccionales” del Estado competentes conforme a Bruselas II bis (ahora Bruselas II ter). Estrictamente entendido, ya indicamos que tales reglas de competencia sin funcionar como criterios vinculantes para los profesionales intervinientes, tienen eficacia indirecta para el reconocimiento. Trasladado tal planteamiento al Reglamento REM, se admite una interpretación amplia de órgano jurisdiccional, en el sentido de extenderse a otras autoridades y profesionales, definidos en el art. 3.2, pero siempre pensando en que dicten una resolución judicial, esto es, que desarrollen una actividad decisora. El “órgano jurisdiccional” en cuestión atrae para el Estado correspondiente la competencia para la liquidación del régimen matrimonial, aunque divorcio y liquidación se efectúen por diferentes autoridades¹⁰⁴.

Así ocurrirá para el caso del Derecho español, respecto de la competencia de los notarios españoles, cuando intervienen en el divorcio¹⁰⁵, que tendrán la cualidad de los órganos jurisdiccionales porque su función es la de aprobar el divorcio después de haber comprobado los requisitos de fondo y

¹⁰¹ La Circular de 2017 excluye claramente la eficacia ejecutiva transfronteriza del Reglamento de alimentos de los divorcios notariales franceses.

¹⁰² Véase con precisión

¹⁰³ En este sentido, N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, p. 490.

¹⁰⁴ *Vid.* el problema en I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journ. dr. int.*, 2017, pp. 485 y ss., esp. p. 506.

¹⁰⁵ *Vid.* arts. 82 y 87 C.c. El artículo 89 queda redactado del siguiente modo: “Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.”

demás presupuestos que les habilitan a dictar ese divorcio¹⁰⁶. Esto obliga a interpretar el art. 54 de la Ley del Notariado como criterio de competencia territorial que debe adaptarse a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento¹⁰⁷. En este contexto, la competencia de los notarios se vinculará a la competencia por accesoriadad con el proceso de divorcio, dado que su intervención se va a producir cuando, en un divorcio por mutuo acuerdo, se acompañe una propuesta de acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁰⁸. Si se ha concluido que un notario que aprueba un divorcio por mutuo acuerdo es tribunal para Bruselas II bis, en coherencia debe serlo también a los efectos de la liquidación de ese régimen.

La cuestión es qué ocurrirá en una modalidad de divorcio tipo francés, donde el notario no tiene esa competencia decisora. En este caso, ¿podría derivarse del art. 5 del Reglamento 2016/1103 una atribución de competencia a los tribunales franceses basado en la accesoriadad del divorcio depositado ante notario en dicho Estado? Funcionalmente tal interpretación sería posible, en la medida en que la accesoriadad no atribuye competencia a un órgano jurisdiccional en concreto y se respeta la autonomía organizativa del Estado del divorcio (en el caso, Francia). En todo caso, sería imprescindible que los aspectos relativos al régimen económico matrimonial se llevaran ante un juez para beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento. Otra solución - es decir, entender descartado el art. 5 en este caso - conllevaría aplicar los criterios de competencia judicial internacional generales del Reglamento (sumisión del art. 7 o foros objetivos del art. 6), cuyos tribunales, en puridad, solo podrían conocer cuando el divorcio se hubiera registrado en Francia y reconocido en el Estado en cuestión vía art. 65 de Bruselas II ter. En esos supuestos, volvemos a tropezar con las dificultades de la aplicación de la conexidad del art. 20, respecto de un divorcio privado sin demanda judicial previa.

40. Por lo que a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial se refiere, será la ley rectora del régimen matrimonial la que determine la aptitud del acuerdo privado para disolver un régimen económico matrimonial y su liquidación. En todo caso, la ejecución de un acuerdo privado registrado que incluya pactos sobre régimen económico no queda incluido en el ámbito del Reglamento (UE) 2016/1103, que mantiene en este punto la línea tradicional del resto de los Reglamentos de la división entre resolución judicial y documento público.

VI. Conclusiones

41. La contractualización del Derecho de familia abre un nuevo espacio de soluciones, no judiciales, para la configuración de las relaciones jurídicas. Se deriva un doble impacto, ascendente y descendente, de los Derechos nacionales a los Reglamentos y viceversa.

Hacia arriba, se observa una progresiva ampliación del concepto de órgano jurisdiccional, para incluir a profesionales ajenos a la Administración de Justicia, en consonancia con el papel atribuido en

¹⁰⁶ Estamos ante uno de los supuestos en los que el notario asume un poder “decisor”, no vinculado por la voluntad de las partes, dado que puede realizar un control de lesividad; es decir, puede denegarlo si, a su juicio, es dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados. Las decisiones notariales producen, en este contexto, los mismos efectos que la decisión judicial y serán recurribles judicialmente J.M. VARA GONZÁLEZ y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO, (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 393 y ss., esp. p. 378.

¹⁰⁷ En la misma clave, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, 2016/2017, pp. 189 y ss., esp. pp. 273 y ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 167. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, la estrecha vinculación entre el divorcio notarial español y la aplicación del Derecho español como criterio adicional de competencia de los notarios, *vid.* en J.M. VARA GONZÁLEZ y J. PÉREZ HEREZA, *loc. cit.*, pp. 393 y ss.

¹⁰⁸ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 243 y ss. En este sentido, *vid.* el art. 95 C.c. “La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto”, en relación con el art. 1392 C.c. que suprimió la exigencia de separación “judicial”.

los Derechos nacionales. Adicionalmente, con Bruselas II ter se han equiparado los acuerdos privados registrados a las resoluciones judiciales.

Hacia abajo, las condiciones impuestas por Bruselas II ter para la eficacia transfronteriza de los acuerdos de divorcios, obligan a los legisladores a autolimitar sus modelos; y a los profesionales que participan en los mismos a asesorar adecuadamente a sus clientes.

42. La ventaja del nuevo sistema es la simplificación del reconocimiento y su consolidación como instrumento esencial, en detrimento de las técnicas de Derecho aplicable. Se abre aquí una nueva vía para dotar de eficacia a los acuerdos alcanzados en una mediación, siempre que tengan fuerza vinculante en el Estado de origen. Los riesgos derivan de una extensión del reconocimiento y confianza mutuos a actos sin juez ni autoridad, que pueden consolidar la eficacia de divorcios sin garantías.

43. La situación actual muestra un crecimiento asimétrico de los Reglamentos e incoherencias internas y externas. Desde una perspectiva interna del Reglamento (UE) n° 2019/1111, cabe subrayar la paradoja de extender la autonomía de la voluntad en el reconocimiento sin hacer lo propio en la competencia. Adicionalmente, se ha fortalecido un sistema de reconocimiento sin adaptar los mecanismos de litispendencia y conexidad entre procesos judiciales y vías no judiciales. Desde una perspectiva externa, se genera una descoordinación con el resto de los instrumentos aplicables al postdivorcio. A las conocidas dificultades derivadas de esta fragmentación normativa, se añaden ahora divorcios privados que pueden ser semiclaudicantes: eficaces en cuanto a la disolución del vínculo, pero no en cuanto a sus efectos en relación con los hijos, los alimentos y la liquidación del régimen económico matrimonial.

La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso

The adoption of support measures for people with disabilities: the voluntary jurisdiction and the contentious procedure

RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro del Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigación

ORCID ID: 0000 0002 5409 3738

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7196

Resumen: La aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto la implantación en nuestro Ordenamiento jurídico de un nuevo paradigma de modelo de discapacidad, tal y como se prevé en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, inspirado en los mecanismos de asistencia a las personas con necesidades.

El punto de partida de dicha reforma es la desaparición de la regulación legal de cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas. En este sentido, el sistema implantado gira en torno a la sustitución del tradicional sistema de representación en la toma de decisiones por el sistema de asistencia y apoyo previsto en la Convención donde la pieza clave de dicho sistema es atender principalmente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Para atender a dicho objetivo, se han suprimido los antiguos procedimientos de modificación de la capacidad por un expediente de jurisdicción voluntaria y un procedimiento especial de adopción de medidas judiciales de apoyo. El legislador ha otorgado una relevancia fundamental a la jurisdicción voluntaria, dando preferencia a dicho procedimiento y atribuyendo el carácter de subsidiario al procedimiento contencioso contemplado en la LEC.

En el presente estudio, se analiza, sin pretender agotar la vasta temática, además del fundamento y el marco jurídico aplicable de dicha reforma, también los procedimientos de adopción de medidas de apoyo profundizando en el proceso especial regulado en la LEC.

Palabras clave: Discapacidad, autonomía, interés, jurisdicción voluntaria, medidas de apoyo.

Abstract: The approval of Law 8/2021, 2 June, which reforms the civil and procedure legislation for the support of persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has resulted in the implementation of a new vision of the model of disability in our legal system, as established in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, celebrated in New York on 13 December of 2006, inspired on the mechanisms of support for persons with disabilities.

The departure point of this reform is the extinction of the legal regulation in relation to any legal declaration which modifies the legal capacity of persons. In this sense, the implemented system subs-

titutes the traditional system of representation regarding the decision-making process by the system of aid and support planned in the Convention, being the main concern of this system to look after the willingness, the desire and the preferences of the person with disabilities. To focus on this goal, the former proceedings regarding the modification of the legal capacity through a voluntary jurisdiction proceeding, establishing a special proceeding on the adoption of judicial measures of support. The lawmaker has given a great importance to the voluntary jurisdiction proceedings, placing priority to them over the contentious proceedings under the Spanish procedural law, which has a subsidiary character.

The current essay will develop, not intending to exhaust the vast topic, the basis and the legal framework of application to the reform as well as the proceedings of the adoption of specialized support regulated in the Spanish procedural law.

Keywords: Disability, autonomy, interest, voluntary jurisdiction, support measures.

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento y finalidad. III. Antecedentes normativos. IV. La Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A) Breve apunte a las principales reformas. B) El protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada frente al mejor interés de la persona con discapacidad. V. Solicitud de medidas de apoyo ante la autoridad judicial. A) El expediente de jurisdicción voluntaria. B) El procedimiento civil especial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. a) Introducción. b) Aspectos generales de los procesos contemplados en el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) Ámbito de aplicación. d) Competencia. e) Clase de procedimiento. f) Partes legitimadas. g) Intervención de terceros. h) Comparecencias. i) Prueba. j) Sentencia. k) Notificación de la sentencia. l) Medidas cautelares. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

1. La regulación actual de los procedimientos atinentes a las personas con discapacidad tiene necesariamente que ser una legislación que, independientemente de su concreta regulación, se dirija a ser *“respetuosa con la discapacidad, integral, justa y satisfactoria, debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no sólo a las condiciones de vida de millones de personas, el 10 por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas”*¹. Que una persona sea distinta a otra no significa y no puede significar, y menos jurídicamente, que haya una desigualdad en sus derechos y aún menos en su dignidad. A ello debe tender toda regulación normativa. Además, la discapacidad no es igual en todas las personas, no existe en este sentido una categoría uniforme de personas con discapacidad sino que existen diferentes ámbitos a los que puede afectar la discapacidad (física, intelectual, sensorial, etc.), como también diferentes graduaciones o niveles de discapacidad y por ello la normativa debe reflejar tal diversidad y tender a regularlo adecuadamente atendiendo a las necesidades de cada persona.

2. La reforma que se acomete, llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica², recoge y asienta la nueva concepción de la discapacidad, pasando de un modelo de discapacidad médico o rehabilitador a un modelo de discapacidad social, tal como ya lo recogía la Convención de 2006, dejando de considerar a la persona con discapacidad el objeto a tutelar y volcando todos los esfuerzos en dar preferencia a la autonomía de la voluntad por encima del interés de la persona con discapacidad, si bien, no descuidando por otro lado el mejor interés del discapacitado³. Sin embar-

¹ A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, en *Diario La Ley*, Nº 9961, Sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer.

² Publicada en el BOE, número 132, de 3 de junio de 2021.

³ Como indica A. L. PALACIO, “El sistema de notificaciones en el proceso de restricción a la capacidad de las personas”, en

go, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, tal y como se establece en la Observación al artículo 12 del Comité de Derechos de las personas con Discapacidad⁴.

En el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 se indica precisamente que: “*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*”.

3. Hay que destacar que la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 es una reforma integral, que ha venido a modificar tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el Código Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, Código de Comercio, Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, Código Penal, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Aunque desde el 2011 hemos asistido a numerosas reformas referidas todas ellas a implementar disposiciones concretas de la Convención de 2006, relativas a las personas con discapacidad no es hasta la publicación de la Ley 8/2021 cuando se ha considerado incorporado de forma plena el nuevo modelo de la discapacidad al Ordenamiento jurídico español⁵.

II. Fundamento y finalidad

4. De acuerdo al artículo 249 del Código Civil, incardinado en las Disposiciones generales del Capítulo I, dentro del Título XI, denominado “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, “*las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*”. Las medidas de apoyo están fundamentadas en el derecho a la dignidad de las personas y en la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Todo ello, teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad⁶.

Así, de acuerdo al mismo artículo 249 del Código Civil, en su nueva regulación, las medidas de apoyo previstas están “*inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*” y tienen por “*finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad*”. Sólo en casos excepcionales prevé el Código Civil, en el mismo artículo, que si pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. La figura correspondiente será la del curador que actuará de representante, deberá decidir pero teniendo presente siempre las preferencias y deseos de la persona con discapacidad. Es necesario poner de manifiesto que la función principal del curador será la de asistir a la persona con

<https://revistas.unlp.edu.ar>, “*El “modelo social” entiende que es el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida el que discapacita, ya que la estructura social, en todas sus manifestaciones (política, cultural, civil, económica, etc), no se ajusta a las circunstancias de la persona, obstaculizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad con los demás*”.

⁴ Se indica en dicha Observación que: “*El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás*”, pág. 6.

⁵ A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit.

⁶ Véase a A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pág. 18. Dicho autor indica en la misma obra que “*han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (principio de proporcionalidad), y que se aplicarán en el plazo más corto posible (principio de temporalidad), siendo necesario que esas medidas estén sujetas a revisión periódica (principio de revisión), de cara a su posible modificación o supresión*”, pág. 29.

discapacidad y sólo en supuestos muy excepcionales el curador tendrá funciones representativas. La curatela, a diferencia de la tutela que ha desaparecido para las personas mayores de edad con discapacidad o menores emancipados con discapacidad⁷, es graduable⁸.

5. Nuestra jurisprudencia ha venido considerando a la tutela como un instrumento a adoptar en supuestos graves de incapacidad de las personas, de hecho, en una de las sentencias más relevantes en esta materia⁹, el Tribunal Supremo manifestó que la tutela debía quedar reservada para supuestos de “incapacitación total”, optando en estos casos por la representación legal, pero atendiendo siempre a las preferencias de la persona con discapacidad y quedando a salvo aquellos actos que puedan realizar per se. El Tribunal Supremo en esta misma sentencia ponía de manifiesto que en los casos de “incapacitación parcial” es cuando debía acudir a la curatela con funciones distintas a la representación. Es evidente que la tutela como instrumento de apoyo a la persona con discapacidad implica la sustitución de sus decisiones por otra persona y ello no es lo que establece la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad donde se da primacía a un sistema de apoyo para tomar decisiones y no de sustitución de las mismas. No obstante, el Tribunal Supremo ha incluido dentro de la denominación de “sistemas de apoyo” tanto a la tutela como a la curatela que debiendo ser reinterpretables conforme a la Convención no serían en ningún caso discriminatorias¹⁰.

6. El elemento fundamental sobre el que pivota la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, queda claramente fijado en el apartado III del Preámbulo de dicha Ley, en el que se indica que: *“el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición. De la persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise (...)”*.

Por tanto, en la adopción de las medidas de apoyo debe primar siempre que ello sea factible la voluntad de la persona con discapacidad. Precisamente, en el principio de la autonomía de la voluntad se basa toda la reforma, por encima incluso, como veremos del interés de dicha persona. Así, el legislador ha usado varios vocablos diferentes como son la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad para fundamentar la adaptación de las medidas a ese objetivo. Concretamente, en la consecución de esos objetivos, la ley otorga al órgano judicial un papel relevante en su salvaguarda permitiéndole que en garantía de la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad pueda adoptar cualquier medida de apoyo o que el ejercicio de las ya adoptadas se ajusten a los criterios mencionados.

7. La autonomía de la voluntad hay que considerarla desde dos perspectivas, por un lado, la autonomía de la voluntad psíquica o volitiva y, por otro lado, la autonomía de la voluntad física, referida ésta al acceso al entorno. El legislador debe velar porque la persona con discapacidad pueda tomar decisiones libremente, debe primar la autonomía de la voluntad volitiva y, por tanto, dirigir las medidas de apoyo a la consecución de esa autonomía¹¹.

⁷ Se mantiene únicamente para los menores de edad no sometidos a patria potestad.

⁸ Como indica A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, en *Diario La Ley*, N° 9961, Sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer, “La eliminación de estas instituciones se debe a que se consideran figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad previsto en la Ley 8/2021”.

⁹ STS 341/2014, 1 de junio (Rec. 1365/2012). TOL4.468.983.

¹⁰ STS 298/2017, 16 de mayo (Rec. 2759/2016), TOL6.113.490. También en la STS 310/2018 - ECLI:ES:TS:2018:310, se indica literalmente que: «El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio)”.

¹¹ Véase a este respecto a M. PETIT SÁNCHEZ, “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pág. 272.

8. Por otro lado, en la ley no se menciona el interés como criterio a tener en cuenta a la hora de la adopción de dichas medidas, sin perjuicio, de que evidentemente el interés de la persona puede estar incluido en la voluntad, deseos o preferencias. Ahora bien, también pueden ser distintos o contrapuestos, es decir, el interés de la persona con discapacidad puede ser diferente a su propia voluntad, deseo o preferencia. En cualquier caso, aunque debe primar la autonomía de la voluntad siempre habrá que atender al mejor interés de la persona discapacitada a la hora de tener en cuenta las salvaguardas adecuadas a adoptar¹². Precisamente, el interés de la persona discapacitada en la adopción de las medidas de asistencia por encima de su propia voluntad ha sido siempre una cuestión controvertida tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia¹³. De hecho, ha sido siempre uno de los objetivos principales hasta ahora de la adopción de medidas asistenciales a las personas con discapacidad. No obstante, aunque la reforma legal quiere abandonar un sistema de protección por otro de preferencias de la persona con discapacidad, en la primera sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el Tribunal Supremo siendo consciente de los principios inspiradores de dicha reforma, sin embargo, viene a acoger una solución que tiende a romper precisamente con los principios que inspiran dicha reforma. Ello ha sido bastante criticado pero, a mi parecer, la solución acogida por el Tribunal Supremo no ajustándose a la voluntad, deseos o preferencias de la persona y, por tanto, no ajustándose a los deseos del legislador, garantiza una convivencia pacífica y además con el sistema de apoyos protege a la persona con discapacidad¹⁴. Por tanto, es cierto que en la práctica la jurisprudencia aplica un método de protección por encima de los deseos de la persona con discapacidad y deja al margen los principios inspiradores de la reforma, pero creo que es la única solución posible para garantizar en el caso concreto objeto de enjuiciamiento un sistema pacífico de convivencia respetando por encima de otros bienes o intereses la dignidad de las personas. En este sentido, la doctrina, y en concreto los operadores jurídicos, han manifestado que para las personas con discapacidad reviste verdaderamente importancia su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones pero esa autonomía tiene un carácter instrumental respecto de la dignidad¹⁵. Además, comparto igualmente la consideración de que no es exactamente cierto que la Ley 8/2021 no garantice la protección de las personas y sólo respete su voluntad, deseos o preferencias, el principio de protección no está totalmente ausente de la Ley y se

¹² De hecho, en el primer caso jurisprudencial tras la publicación de la ley 8/2021, y de aplicación por establecerlo así la Disposición Transitoria 6ª, el Tribunal Supremo ha indicado en la STS nº 589/2021, 8 de septiembre, ECLI: ES: TS: 2021: 3276, que: “*Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación*”. Se observa en esta decisión que aunque se considera que la autonomía de la persona está por encima de su interés, no obstante, prevalece este último cuando la persona no tenga verdadera conciencia. Literalmente el TS considera que “*No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal*”. También el Tribunal Supremo ha manifestado en STS 706/2021, de 19 octubre que: “*No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC)*”. DOCUMENTO TOL8.628.066, ECLI: ES:TS:2021:3770.

¹³ *Ibidem*, pág. 281 y ss.

¹⁴ A este respecto ha señalado la doctrina M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, DOCUMENTO TOL8.810.735, que: “A mi modo de ver, es en esta rigidez en lo que el legislador se equivoca, provocando con ello un movimiento pendular, de extremo a extremo, que pasa de ignorar por completo la voluntad de la persona a ignorar por completo su mejor interés, renunciando así a buscar un modelo equilibrado y encerrándonos en una retórica que dificulta la apertura de vías de salida cuando no sea posible aplicar el criterio de la voluntad. Y es que el legislador no ignora que hay circunstancias que hacen que, en ocasiones, no exista una voluntad (...)”.

¹⁵ Véase a S. ÁLVAREZ-ROYO VILLANUEVA, “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021, (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, en *el notario del siglo xxi – mayo - junio / Nº 103*.

hace referencia al mismo en diferentes apartados de la misma. A mayor abundamiento, a mi parecer hay que analizar caso por caso, atendiendo a la diversidad de las personas con discapacidad, como hace el Tribunal Supremo en el caso planteado, en el mismo no se podría garantizar la dignidad de la persona sino es precisamente teniendo en cuenta el principio de protección por encima de sus preferencias, atendiendo a que la persona en cuestión no es totalmente consciente dado el trastorno psíquico y mental que padece para tomar sus propias decisiones. De otra forma, el perjuicio para la persona con discapacidad sería considerable y por ello en ocasiones como el caso planteado, casos excepcionales, se requiere de actuaciones incluso en contra de la voluntad de la persona¹⁶.

Como ha indicado a este respecto la doctrina¹⁷, el Tribunal Supremo al resolver el asunto que se le plantea incorpora un criterio de flexibilidad al buscar el equilibrio entre los intereses en juego pues establece que es necesario contar con la voluntad de la persona “en la medida de lo posible” y entendiendo que la literalidad del artículo 268 CC, que exige “atender” en todo caso a la voluntad de la persona “no determina que haya que seguir siempre el dictado de su voluntad”, sino que impone la obligación de tenerla en consideración y, en el caso resuelto, no es posible seguirla porque esa voluntad contraría al apoyo “es consecuencia del propio trastorno”.

9. Dicho ello, no puedo dejar de concluir que en el caso planteado el Tribunal Supremo hubiera resuelto igual, se hubiese o no publicado la Ley, porque vela por la protección de la dignidad de la persona como bien jurídico por encima de todos. Otra cuestión diferente dentro del contenido de la sentencia es la relativa a la declaración judicial de la incapacidad que no sería posible tras la entrada en vigor de la Ley, y ello sí lo acoge la sentencia en cuestión.

III. Antecedentes normativos

10. La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007¹⁸, es el referente a nivel internacional de la regulación actual llevada a cabo en nuestro ordenamiento por el legislador con la ley 8/2021.

La finalidad fundamental de la Convención Internacional era establecer un marco normativo para conseguir que las personas con discapacidad tengan todos los derechos y libertades, sean respetadas como las demás personas y participen plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. En concreto, la finalidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según se indica en el artículo 1º es: “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente*”. Precisamente, con esta finalidad en el artículo 12 de la Convención se indica que: “*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. -12- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, *op. cit.*

¹⁸ Publicada en el BOE, el 21 de abril de 2008.

corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

11. Tomando en consideración ello, la reforma efectuada por la Ley 8/2021, ha querido adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos contenidos en la Convención, estableciendo el marco legal para otorgar a las personas con discapacidad las mismas posibilidades de actuación que al resto de personas puesto que viene a reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones, y para ejercitar esa capacidad jurídica se les facilita el apoyo necesario con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en cuestión.

Si bien, ya nuestro legislador con anterioridad a la Ley 8/2021, había llevado a cabo algunas modificaciones legislativas, precisamente para ir adecuando la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la del resto de personas. Una de las modificaciones se materializó a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, sustituyendo los términos “incapaz” o “incapacitación” por el de “personas con capacidad modificada judicialmente”, que aunque en relación con el contenido seguía siendo lo mismo, puesto que seguía suponiendo la posibilidad de eliminar por sentencia judicial la capacidad de obrar de la persona implicada, sin embargo, las nuevas expresiones marcadas o utilizadas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, suponían un paso adelante, por lo menos terminológicamente, en la labor de establecer una igualdad en la capacidad jurídica de las personas. Y con anterioridad a dicha Ley, y en lo que se refiere a la materia de Derecho Civil, concretamente en materia de cuestiones matrimoniales, la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y posteriormente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, modifican precisamente el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones¹⁹.

12. La reforma efectuada por la Ley 8/2021, ha supuesto un nuevo paradigma muy significativo en la concepción de la capacidad jurídica, tal y como hasta ahora ha sido entendida o tratada. Como veremos, la persona con discapacidad va a seguir ostentando la capacidad jurídica, entendida ésta como capacidad para ser parte y capacidad procesal, es decir, la persona con discapacidad seguirá siendo titular de derechos y obligaciones y podrá ejercitarlos como el resto de personas. Si bien, en el caso de que lo necesite se acordarán medidas de apoyo para el ejercicio de esos derechos, pero serán medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, y no medidas que sustituyan la voluntad de la persona con discapacidad. Considero que esta es la interpretación que debe efectuarse de la lectura de los preceptos de la Ley 8/2021, y digo interpretación porque la ley no define los conceptos de capacidad jurídica ni discapacidad.

En este sentido, si acudimos al Preámbulo de la Ley 8/2021, donde se indica que: “*ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos*”²⁰, observamos que la capacidad jurídica engloba tanto la ostentación de los derechos como su ejercicio. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizó una Observación al artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley. La interpretación que se

¹⁹ Véase el Preámbulo de la Ley 8/2021.

²⁰ Véase dicho documento en <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

hace del artículo 12 por parte del Comité se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, “*a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”²¹. A este respecto es muy importante lo que se indica en el apartado 7 de la misma Observación, que manifiesta que “*los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas*”. Por tanto, reconoce una igualdad en la capacidad jurídica de las personas tanto con discapacidad como sin discapacidad evitando la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad precisamente previendo la plena capacidad jurídica de aquellas personas en igualdad de condiciones que las demás. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que “*en el artículo 12, párrafo 1, de la Convención se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona*”²². Por tanto, el reconocimiento de la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, lo que equivale en el derecho procesal a la capacidad para ser parte y la capacidad de obrar.

13. En definitiva, el sistema adoptado por la reforma aboga por abolir definitivamente en relación a las personas mayores con discapacidad, excluyendo a los menores, los mecanismos jurídicos que implican la sustitución de sus decisiones, como la tutela, por medidas de apoyo que ayuden a aquellas a decidir libremente de acuerdo a sus deseos y preferencias. El ordenamiento jurídico no debe negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino proporcionarles acceso al apoyo necesario para que puedan tomar decisiones con efectos jurídicos. Si bien, sin olvidar que siendo esta la regla general, no obstante, en el caso de no ser posible, cabría la figura de la representación siempre con carácter de excepcional.

14. Con anterioridad a la reforma, los regímenes jurídicos del menor y la persona con discapacidad tenían una regulación conjunta ante la falta o disminución de la capacidad natural de aquellos para poder autogobernarse, en este sentido, las medidas de apoyo tenían un mismo presupuesto e iban dirigidas a una misma finalidad. De ahí, su tratamiento de forma conjunta. Sin embargo, la nueva regulación diferencia las medidas a adoptar atendiendo a si es un menor o si es una persona con discapacidad puesto que a la persona con discapacidad se le va a asegurar una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que a las demás personas²³. Y en este sentido van dirigidas las medidas de apoyo, a ayudar a la persona con discapacidad a adoptar sus propias decisiones en la medida de lo posible atendiendo a su voluntad y preferencias, cosa que no ocurre con el menor de edad sobre el que sigue girando el interés superior del mismo como presupuesto habilitante para adoptar cualquier medida que le pueda afectar. Con la nueva regulación, tras la supresión de la declaración de incapacidad de las personas con discapacidad, tanto los presupuestos como la finalidad de las medidas sean menores o personas con discapacidad son diferentes, y por ello, su regulación ya no va a la par sino que ahora se regulan en el Código Civil en dos Títulos diferentes, en el Título IX para los menores “De la tutela y de la guarda de los menores” y el Título XI para las personas con discapacidad “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

²¹ Apartado 4 de la Observación citada anteriormente.

²² Apartado 11, pág. 3 de la Observación citada.

²³ Véase en este sentido a M^a V. MAYOR DEL HOYO (con L. CAYO PÉREZ BUENO; R. DE LORENZO GARCÍA; Directora C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, et. ali.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021.

IV. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

15. Tal y como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la reforma efectuada es “una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad”. En estas cinco frases se encuentra, a mi parecer, la clave esencial de la reforma que aunque parece escueta implica cambios considerables por lo menos en apariencia.

16. En relación al tipo de procedimiento que se ha seguir para adoptar las medidas de apoyo a la persona con discapacidad fue una cuestión que generó bastante discusión durante la aprobación de la Ley; finalmente, se optó por dar preferencia a la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa como vía más beneficiosa²⁴ para dar prioridad a la voluntad de la persona. No hay que olvidar que la preferencia de la jurisdicción voluntaria como vía para adoptar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad es la cuestión baladí de toda la reforma²⁵.

A) Breve apunte a las principales reformas

17. Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 8/2021, alcanzan a distintos ámbitos normativos, entre las principales destacan la eliminación de la incapacitación judicial, tal y como se conocía hasta ahora, lo que conlleva la recuperación de la capacidad jurídica y la eliminación, por tanto, de la modificación de la capacidad de obrar. Ello ha supuesto a su vez la desaparición de figuras hasta ahora utilizadas para integrar la capacidad de la persona con discapacidad, como era la patria potestad prorrogada y rehabilitada o la tutela²⁶, sustituidas ahora por medidas de apoyo como la institución de la curatela o autocuratela, dejando la institución de la tutela únicamente para los menores de edad no emancipados no protegidos por la patria potestad.

18. La reforma legal pretende ofrecer una protección integral a las personas con discapacidad, por ello se ha modificado toda la normativa necesaria para posibilitar que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones. Por tanto, sin entrar a estudiar la totalidad de las modificaciones producidas con dicha reforma, sí mencionar que se ha modificado tanto el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, La Ley Hipotecaria, El Código Penal, la Ley del Registro Civil, Ley del Notariado, Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, y Código de Comercio.

19. El objetivo fundamental de la reforma es posibilitar que la persona con discapacidad pueda gestionar libremente su patrimonio y, en definitiva, su capacidad para decidir. Para ello, la ley sustituye algunas instituciones hasta ahora utilizadas que iban destinadas a sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por medidas de apoyo que tienen como finalidad, en definitiva, prestarles apoyo, y sólo apoyo, para que puedan tomar decisiones ellos mismos. De acuerdo a la disposición adicional cuarta, apartado

²⁴ Véase en contrario el trabajo de M^a T. MANGAS ALONSO, “Incidencia de la Convención sobre las personas con discapacidad en el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 48, mayo 2019 ISSN: 2254-3805, quien sostiene que “las apuestas a favor del expediente voluntario no me parecen acertadas pues la agilidad, sencillez, flexibilidad y rapidez propia de esa jurisdicción tendría mal encaje vista la gran cantidad de pruebas que necesariamente han de ser mantenidas”.

²⁵ Como indica A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit., “la jurisdicción contenciosa puede suponer **una estigmatización** (la negrita es del autor) de la discapacidad contraria al modelo de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad”.

²⁶ También se ha modificado la prodigalidad que de acuerdo con la reforma ya no tiene una regulación autónoma.

segundo, del Código Civil, tras la reforma, se indica que toda referencia la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

20. Desde el punto de vista procesal, la reforma llevada a cabo ha supuesto la eliminación de los procesos de modificación de la capacidad por procesos de adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que respeten la voluntad de la persona con discapacidad y posibiliten la comparecencia en juicio de dichas personas. Así, tanto en el nuevo artículo 7 bis de la LEC como de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se prevén los ajustes y adaptaciones necesarios para posibilitar la participación en juicio de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto de personas.

En el primer apartado del artículo 7 bis tanto de la LEC como de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se indica literalmente que: “1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno”.

El contenido de este artículo reviste especial importancia puesto que para que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas es necesario que toda la administración de justicia se adapte a sus necesidades.

B) El protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada frente al mejor interés de la persona con discapacidad

21. La autonomía de la voluntad es la pieza clave de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, frente al concepto de “mejor interés” de la persona discapacitada. El superior interés sigue estando presente en relación con los menores de edad, pero desaparece para las personas adultas con discapacidad.

22. Lo que se entiende por discapacidad no ha sido recogido expresamente en la normativa modificada por la Ley 8/2021, y ello es una cuestión clave para saber cuándo se le va a proveer a la persona de medidas de apoyo. Como indica PÉREZ ÁLVAREZ, “la discapacidad guarda relación con las enfermedades que por incidir en la conformación de la voluntad de una persona o en la expresión de la misma requieren de una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Corrobora la interpretación expuesta el artículo 663. 2º del Código civil al disponer que no puede testar la persona que no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”²⁷.

En este sentido, la noción de discapacidad va ligada a la formación de la voluntad de la persona por sí misma respetando sus decisiones, y si no es posible que conforme su voluntad ella misma, entonces será ayudada con las medidas de apoyo. Será la propia persona la que decida qué medidas de apoyo prefiere y la tendencia será intentar que la persona con discapacidad tenga menos medidas de apoyo en un futuro.

23. Atendiendo precisamente a esta autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 ha regulado en el artículo 249 del Código Civil, medidas de apoyo de diferente naturaleza, con carácter preferente, por un lado, estarían las que tienen naturaleza voluntaria, y las segundas, serían las establecidas legal o judicialmente. Deben acordarse en escritura pública y pueden referirse a su propia persona o a sus bienes.

²⁷ M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, Capítulo 17 del Curso Derecho Civil IV. Derecho de familia, s.n. (inédito). Citado por P. JATO DÍAZ, El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, dirigida por M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, Universidad de la Coruña, 2021, pág. 21.

24. Sin entrar en profundidad a estudiar todas y cada una de las medidas de apoyo, por exceder del objetivo de nuestra investigación, sólo quisiera apuntar en este momento que además de las medidas de apoyo de carácter o naturaleza voluntaria, es decir, las que el propio interesado decide designando libremente a la persona que le va a prestar apoyo y el alcance de esa ayuda²⁸, se encuentran reguladas las medidas de apoyo como “la guarda de hecho²⁹, la curatela y el defensor judicial”, contempladas en el artículo 250, párrafo 1º, del Código Civil. La tutela ya no se contempla como medida de apoyo a las personas mayores de edad con discapacidad, sólo estaría prevista para los menores de edad.

25. Las medidas de apoyo de carácter voluntario serían preferentes a las medidas de apoyo de naturaleza legal o judicial y³⁰, dentro de éstas, habría que respetar también la preferencia de la persona con discapacidad pudiendo elegir la que más le interese o desee. De hecho, la persona puede combinar ambas medidas de apoyo, tanto las de naturaleza voluntaria como las legales o judiciales, sin tener que inclinarse por una u otra en concreto. Como vemos, en la regulación comentada se ha respetado, por encima de cualquier otra consideración, la voluntad, deseos y preferencias de la persona interesada. La adopción de medidas de apoyo por la autoridad judicial solamente procedería “en defecto o insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente”. En definitiva, el legislador ha abogado por la adopción de las medidas de apoyo como la guarda de hecho y las medidas voluntarias como regla general y como excepción las medidas judiciales de apoyo. El legislador ha dejado la adopción de las medidas judiciales de apoyo a la insuficiencia de las medidas voluntarias, en este sentido, tal y como ha manifestado la doctrina, “*Si las medidas judiciales son pertinentes o no lo ha hecho depender la ley de un concepto jurídico indeterminado: lo serán si las demás no son suficientes. Será la práctica judicial y, en último término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que irá perfilando en qué consiste esta suficiencia*”³¹.

En concreto, en el artículo 255 del Código Civil, se hace referencia a la posibilidad de elegir medidas de apoyo así como el alcance y actuación de las mismas, se indica literalmente que: “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.*

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249”³².

²⁸ Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria reguladas en el Capítulo II, del Título XI del Código Civil, en concreto, artículos 254 y 255 del Código Civil, redacción dada por la Ley 8/2021.

²⁹ La guarda de hecho, tal y como recoge el Código Civil en el artículo 250, párrafo 4º, “*es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*”. La curatela, párrafo 4º del mismo artículo del Código Civil, “*es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado*”. Dependiendo de las circunstancias y necesidades de la persona que necesita dicha medida, se extenderá más o menos de acuerdo a lo que decida el órgano judicial. La curatela es una figura asistencial y sólo excepcionalmente será una figura representativa. Se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, previo análisis de las circunstancias.

Y, finalmente, el defensor judicial, de acuerdo al apartado 6º, es “*una medida formal de apoyo, cuyo nombramiento procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*”. Esta figura está prevista legalmente para los casos en los que pueda existir un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

³⁰ Así, se prevé en el párrafo 1º del artículo 249 del Código Civil, donde se establece que: “*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad*”.

³¹ M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, op. cit., quien indica además que la suficiencia “*deberá contemplar tres aspectos: que las medidas existentes permitan a la persona ejercer su capacidad jurídica en todos los ámbitos en los que lo precise y con la intensidad que sea necesaria, y que existan salvaguardias para evitar los abusos*”.

³² Además, se indica también que:

“*Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar*

26. Cobran un especial interés los poderes y mandatos preventivos como medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, regulados en los artículos 256 a 262 del Código Civil a los cuales nos remitimos. También dentro de estas medidas voluntarias de apoyo estarían la autotutela y los mandatos sin poder. En definitiva, la persona con discapacidad podrá adoptar medidas de apoyo en previsión de su futura discapacidad y sólo subsidiariamente entrarían las medidas de carácter no voluntario que serían subsidiarias a las medidas adoptadas preventivamente o que las mismas fuesen insuficientes. Por tanto, la ley da preferencia a la auto-regulación por parte de la persona con discapacidad³³.

27. Es importante delimitar cuándo precisa la persona con discapacidad las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica ya que en el artículo 249 del Código Civil, sólo se establece que: “*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica...*”. La doctrina hace una reflexión en sentido contrario, es decir, entendiendo que sería preciso adoptar las medidas de apoyo cuando la persona por sí sola no puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones necesitando, por tanto, la ayuda de otra persona que le preste el apoyo para decidir³⁴.

V. Solicitud de medidas de apoyo ante la autoridad judicial

28. Con anterioridad a la Ley 8/2021, también era posible la solicitud ante la autoridad judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, la diferencia con la actual regulación es que ello solo era posible si con antelación se había declarado judicialmente la incapacitación de la persona interesada. Actualmente ello ha desaparecido, se han suprimido los procesos de incapacitación de las personas y directamente se pueden solicitar las medidas judiciales de apoyo sin necesidad de una previa declaración judicial de incapacitación³⁵. Se ha eliminado la dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar decidiendo el legislador que nadie pueda ser declarado incapaz sino ayudado de medidas en caso de necesitarlas.

29. En la reforma llevada a cabo es patente la preferencia del legislador por acudir a la jurisdicción voluntaria para la adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad, y sólo se convertirá en un contradictorio cuando exista oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria o éste, una vez iniciado, no haya podido resolverse. No era esta la intención del legislador en el Anteproyecto de 2018 (a diferencia del Anteproyecto de 2019³⁶ que aunque no era preferente sin embargo se consideraba como alternativa), donde había que promover un proceso jurisdiccional contencioso en el que los sujetos legitimados para solicitar al juez la adopción de medidas de apoyo tenían que demandar formalmente a la persona para la que se solicitaban dichas medidas³⁷. Sin embargo, tal y como finalmente ha quedado regulado, una de las piezas claves de la reforma es la apuesta por la Jurisdicción Voluntaria como vía de

abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

³³ A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, op. cit., pág. 27.

³⁴ *Ibidem*, pág. 38.

³⁵ De acuerdo al anterior artículo 199 del Código Civil, la declaración de incapacitación sólo podía llevarse a cabo “por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”, y por supuesto en un proceso jurisdiccional contencioso.

³⁶ Véase en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>.

³⁷ Por tanto, la naturaleza que el legislador le atribuía, como se ha puesto de manifiesto, era la de considerarla “*una herramienta jurisdiccional concebida para dirimir conflictos entre partes en posiciones contrapuestas, y construida sobre la base de que esas partes, en condiciones de igualdad, defienden ante el tribunal sus respectivas pretensiones, decidiendo finalmente el tribunal a la vista de lo alegado y probado por los litigantes*”. Véase a J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, en *Tirant on line*, DOCUMENTO TOL8.810.724.

solución antes de acudir a la jurisdicción contenciosa³⁸. Concretamente, en el artículo 756 de la LEC, que regula el ámbito de aplicación y competencia de los procesos de adopción de medidas de apoyo, se indica literalmente que: “1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”.

Como indica FONTESTAD PORTALÉS, “Es cierto que, con carácter preferente, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en la LJV. Sin embargo, que el legislador se haya decantado en esta reforma por resolver esta cuestión, bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, a través de expedientes de jurisdicción voluntaria, no obsta a que el procedimiento se transforme en un contradictorio”³⁹. Así, en el Libro IV, Título I, del Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a contemplar los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad como a continuación pasaremos a comentar.

30. A mi parecer, el legislador de la Ley 8/2021 ha apostado por una solución intermedia en la elección de la Jurisdicción Voluntaria como vía preferente para encauzar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, y ello porque a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos que se siguen por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la oposición en el expediente de jurisdicción para acordar medidas de apoyo conlleva el inicio de un proceso contencioso. Sin embargo, no ocurre así en el resto de procedimientos seguidos por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, donde la oposición en sí no convierte al expediente en contencioso ni tampoco impide que continúe el expediente hasta que sea resuelto, a no ser que la propia ley prevea lo contrario. Por ello, a mi parecer aunque el legislador de la Ley 8/2021, prevé el expediente de jurisdicción voluntaria como vía preferente, sin embargo, es proclive a convertirlo fácilmente en un proceso contencioso con la sola oposición de cualquier legitimado, sin que la oposición tenga que partir de la propia persona con discapacidad o por lo menos así parece desprenderse de la literalidad de la ley. Diferente sería el supuesto de que la oposición la manifestara la persona discapacitada, pero no es así como lo ha previsto el legislador⁴⁰.

A) El expediente de jurisdicción voluntaria

31. La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 crea un nuevo expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad regulado en el Capítulo III bis del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Junto a este nuevo expediente, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ya regulaba con anterioridad y sigue manteniéndolo actualmente con las necesarias adaptaciones a la nueva Ley, los expedientes de habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial y los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho, regulados en los artículos 27 y siguientes y 43 y siguientes de la LJV, respectivamente.

En este ámbito, el legislador pretende con la reforma ajustar el texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en este nuevo expediente con la normativa civil sustantiva, fundamentalmente en lo que se refiere al nombramiento de defensor judicial a los menores y a las personas con discapacidad.

³⁸ Con anterioridad cualquier decisión judicial en materia de capacidad de las personas se hacía a través de un procedimiento jurisdiccional contencioso. No obstante, como hemos dicho, la nueva regulación ha suprimido los antiguos procesos de modificación de la capacidad y la finalidad del proceso de adopción de medidas de apoyo no es declarar la incapacitación de las personas sino ayudarles a ejercitar esa capacidad en condiciones de igualdad.

³⁹ L. FONTESTAD PORTALÉS, “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en CRÓNICA DE LEGISLACIÓN (Enero-Junio 2021) PROCESAL, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, Diciembre 2021, 392-415 eISSN: 2340-5155, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 410.

⁴⁰ En el mismo sentido, véase a A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit.

32. Como anteriormente indiqué el legislador establece la preferencia de acudir a la jurisdicción voluntaria como sistema de adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sin perjuicio de que se convierta en un sistema contencioso si hay oposición o no se resuelve el expediente pero no se va a poder iniciar nunca un procedimiento contencioso si antes no se acude a la jurisdicción voluntaria.

Es el artículo 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria el que regula el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. Por tanto, cuando se solicite alguna medida judicial de apoyo estable o de modo continuado, dentro de las contempladas en la legislación civil, hay que estar a lo especificado en dicho artículo.

Tal y como sostienen VEGAS TORRES, la única medida de apoyo de carácter estable que establece el Código Civil es la curatela, por lo que sólo para designar al curador podría abrirse este expediente de acuerdo a la legislación civil sustantiva. Sin embargo, la redacción final del artículo 42 por la Ley 8/2021, se refiere a “alguna medida” por lo que deja abierta la puerta a cualquier medida de apoyo de carácter estable previstas en las legislaciones civiles forales o especiales y en un futuro las que pudieran introducirse en el Código Civil, sin que tenga que ser específicamente la curatela⁴¹.

43. Sin entrar en profundidad al estudio de este expediente quisiera, no obstante, destacar algunos de los aspectos más relevantes. En general, se trata de un procedimiento sencillo, por lo menos el legislador lo ha regulado con dicha finalidad, y que constaría de dos fases: una fase escrita, y otra relativa a la comparecencia con la persona con discapacidad prevista para informarle de medidas de apoyo alternativas distintas a las judiciales y acordarlas una vez practicada la prueba.

44. En relación con la competencia para conocer de este expediente se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Un aspecto relevante a destacar en relación con la competencia territorial, tanto para este expediente como para el proceso contencioso de la LEC, es que la ley prevé el supuesto de traslado del expediente al lugar donde resida la persona si ésta cambia de residencia una vez iniciado el expediente siempre antes de la celebración de la comparecencia prevista en la ley para acordar las medidas de apoyo. Esta previsión va encaminada precisamente a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al juicio aunque se cambien de residencia, por tanto, no se exigiría que la persona con discapacidad se tuviese que trasladar al tribunal de su residencia anterior para continuar con el procedimiento, todo ello para conseguir una mejor tutela de los derechos de aquellas personas. Esta regla supone no respetar uno de los efectos de la admisión a trámite de la demanda como es la *perpetuatio iurisdictionis*, puesto que permite cambiar la competencia del órgano judicial si la persona con discapacidad cambia de residencia siendo competente el órgano judicial de la nueva residencia⁴².

45. Por lo que respecta a la legitimación para iniciar este expediente la ostentarían tanto el Ministerio Fiscal como la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, la ley prevé que cualquier persona, diferente a las legitimadas, estaría facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien iniciaría el expediente, los hechos que pudieran ser determinantes para acordar una medida de apoyo a la persona con discapacidad. La ley regula este aspecto como

⁴¹ Véase a J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, op. cit.

⁴² El Tribunal Supremo ha resuelto un procedimiento planteado sobre dicha cuestión relativa al cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos y ha manifestado que la ley 15/2015, 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, establece que la competencia para el conocimiento del expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de alguna medida de apoyo recae en el juzgado de primera instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad y, si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de aquella, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Señala el Tribunal Supremo que tal y como recoge el Preámbulo ya citado, se considera esencial la participación de la propia persona, por lo que se facilita que pueda expresar sus preferencias y su intervención activa, de manera que la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Auto del TS 9347/2022, 17 de mayo, ECLI: ES:TS:2022:9347A, DOCUMENTO TOL9.049.267.

una obligación cuando las personas que conocen esos hechos determinantes de las medidas de apoyo son autoridades y funcionarios públicos que han tenido conocimiento de los hechos por razón de su cargo.

46. En relación con la postulación, la ley aboga por respetar la voluntad de la persona con discapacidad de designar libremente al abogado y procurador. Podrá acudir con su propio abogado y procurador. Si bien, la ley prevé el supuesto de que si dicha persona no pudiera realizar por sí misma tal designación, en la solicitud del expediente se solicite el nombramiento de un defensor judicial que actuará asimismo por medio de abogado y procurador. Como se puede observar, la ley prevé de forma preferente la designación libremente de la postulación por parte de la persona con discapacidad, y sólo en el caso de que fuese previsible que no pueda hacerlo se solicite el nombramiento de un defensor judicial para una mejor tutela de sus derechos.

47. De acuerdo al art. 42 bis b).1 de la LJV, la solicitud en este expediente de jurisdicción voluntaria debe llevar adjunta tanto la prueba documental como de un informe pericial elaborado por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario que acredite la necesidad de acordar las medidas de apoyo a la persona con discapacidad.

48. En relación con la comparecencia serán citados, y esto es relevante, no sólo la persona legitimada que ha presentado la solicitud sino que también serán citados todos los que estando legitimados no hayan promovido el expediente teniendo las mismas posibilidades de alegación y proposición de prueba.

49. El expediente puede finalizar de diferentes formas: bien con la oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de las personas interesadas en la adopción de las medidas de apoyo; bien, con el expediente sin resolver; o finalmente, mediante auto acordando alguna de las medidas de apoyo previstas en la legislación civil, o acordando alguna medida alternativa que haya optado la persona con discapacidad, medidas que estarán sujetas a revisión en la forma y plazo que se prevea en el propio auto judicial. En los dos primeros supuestos estaría abierta la puerta para presentar la demanda correspondiente en el proceso contencioso.

50. La competencia para tramitar el expediente de jurisdicción voluntaria la tiene el órgano judicial, por tanto, terminaría con auto y no con decreto del Letrado de la Administración de Justicia. El auto puede acordar las medidas de apoyo solicitadas o denegarlas. En este sentido, se indica en el artículo 42 bis c).1 LJV que las medidas que se adopten en el auto deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Independientemente de la medida que se adopte, el juez deberá tener en cuenta los deseos y preferencias de la persona con discapacidad así como evitar los abusos, conflictos de intereses y la influencia indebida, tal y como se dispone en el art. 270 del Código Civil.

51. En relación con la posibilidad de impugnar el auto decretando las medidas de apoyo cualquier interesado estaría legitimado para interponer un recurso de apelación, tal y como se establece en el artículo 20 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que se ajustaría a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

52. Por otro lado, también cabe la posibilidad, como anuncié anteriormente, que el expediente de jurisdicción voluntaria acabe con la oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado (art. 42 bis b).5 de la LJV). El momento procesal concreto en el que se puede ejercitar dicha oposición abarcaría dos posibles: bien, en el plazo de los 5 días desde que se da traslado de la citación para la comparecencia; o bien, en la misma comparecencia en el trámite de alegaciones. Hay que dejar claro que la oposición va referida a las medidas judiciales de apoyo y no a la oposición de una persona concreta en el caso de acordar la curatela⁴³.

⁴³ *Ibidem*.

B) El procedimiento civil especial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil

a) Introducción

53. Una de las novedades de la nueva regulación legal es la supresión de los procesos de modificación de la capacidad para establecer otro procedimiento pensado, no para modificar la capacidad de las personas, sino para proveerlas de medidas de apoyo o ayuda en el caso de necesitarlas⁴⁴. Como veremos la regulación efectuada por el legislador ha sido la de establecer un procedimiento con una finalidad distinta pero procedimentalmente muy parecido al anterior de incapacitación, si bien con una serie de novedades a las cuales me voy a referir a continuación.

54. Una de las cuestiones que a mi parecer suscita la nueva regulación es la de si es necesario o no, obtener algún reconocimiento por parte de las autoridades correspondientes de discapacidad para poder solicitar las medidas de apoyo ahora que han desaparecido los procesos de modificación de la capacidad. A mi entender, no sería necesario puesto que considero que al desaparecer la incapacitación del Derecho Civil como un estado civil, por tanto, no modificarse legalmente la capacidad no se requiere que ningún organismo lo acredite oficialmente. Otra cosa distinta es que una vez iniciado el procedimiento para solicitar las medidas de apoyo se deba presentar algún informe pericial por profesionales del ámbito sanitario o psicosocial que manifieste o acredite la necesidad de adoptar las medidas de apoyo para la persona con discapacidad. Deberá quedar justificada la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo.

55. El acceso a la justicia de estas personas con discapacidad debe ser el mismo que el resto de las personas en condiciones de igualdad, no cabe modificar en juicio la capacidad de las personas, así en el artículo 13 de la Convención de 2006 se indica que: *“Todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia en igualdad de condiciones. También las personas con discapacidad. Por eso, estas personas no serán excluidas de ningún tipo de acto judicial. Por ejemplo, podrán declarar como testigos”*. Por tanto, modificar en juicio la capacidad de las personas sería discriminatorio. A mayor abundamiento, el artículo 12 de dicha Convención, titulado *“Igual reconocimiento como persona ante la Ley”* es claro al respecto.

56. En definitiva, entiendo que la Ley 8/2021 es aplicable a todas las personas con discapacidad y pueden beneficiarse de las medidas de apoyo, hayan o no obtenido algún tipo de reconocimiento de su discapacidad⁴⁵, si bien, deberá acreditarse en juicio dicha discapacidad.

b) Aspectos generales de los procesos contemplados en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil

57. En los artículos 748 a 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan los aspectos generales aplicables a determinados procesos, entre ellos, el referido al procedimiento especial sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad objeto de dicho comentario.

58. Entre estos aspectos generales podemos destacar la intervención del Ministerio Fiscal que, de acuerdo al artículo 749 de la LEC, en estos procesos siempre será parte aunque no lo haya promovido ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes. Por tanto, con carácter general, en su participación deberá velar por a salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor.

⁴⁴ Tal y como se indica en la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo 589/2021, 8 de septiembre, ECLI: ES: TS: 2021: 3276, ya citada anteriormente, tras la reforma, desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad.

⁴⁵ En el mismo sentido, véase a A. FERNÁNDEZ BUJÁN, *“La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”*, op. cit.

En los demás procesos del Título I del Libro IV de la LEC también será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando intervenga una persona con discapacidad.

59. En este procedimiento como en los otros contemplados en el mismo Título no caben los actos de disposición como son la renuncia, el allanamiento o la transacción. En relación con el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, en otros procedimientos existen algunas excepciones.

60. El procedimiento a seguir será el del juicio verbal con una serie de especialidades, entre ellas, la referida al plazo de la contestación a la demanda que es de 20 días. El juez de oficio puede acordar la práctica de las pruebas que estime convenientes y el juez no estará vinculado a la fuerza probatoria de determinados medios de prueba como el interrogatorio de las partes o los documentos como ocurre en la generalidad de los procesos civiles.

61. En relación a la publicidad de estos procesos dependiendo de las circunstancias del caso concreto, de acuerdo al artículo 754 de la LEC, los tribunales podrán decidir mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas aunque no se den ninguna de las circunstancias contempladas en el artículo 138 de la LEC⁴⁶.

c) **Ámbito de aplicación**

62. El procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil está previsto en los supuestos en los que sea necesario, de acuerdo a la legislación civil, nombrar un curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria que se inició para ello no hubiese sido posible por formularse oposición o también cuando el expediente no haya podido resolverse. Por tanto, estas serían las dos circunstancias en las que iniciado el expediente de jurisdicción voluntaria darían lugar a un procedimiento contencioso a tramitar por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es importante reseñar que sólo cabría acudir a este procedimiento cuando se ha iniciado el expediente de jurisdicción voluntaria y no ha podido concluirse por existir oposición o que el expediente no ha podido resolverse. Como anteriormente indiqué, el legislador ha optado por dar primacía a la Jurisdicción Voluntaria frente al procedimiento contencioso para proveer de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

63. En relación a la segunda de las circunstancias por las que puede iniciarse el procedimiento contencioso contemplado en la LEC, que se refiere a “que el expediente no haya podido resolverse”, la doctrina entiende que esta causa podría ir referida tal vez a los casos en los que el expediente de jurisdicción voluntaria haya finalizado por la estimación de alguna cuestión procesal planteada en la comparecencia⁴⁷. Si bien, también podría ser admitida dentro de esa circunstancia el que el auto en el expediente de jurisdicción voluntaria desestime la solicitud de medidas judiciales de apoyo sin necesidad de que exista oposición (primera de las circunstancias prevista legalmente para iniciar el proceso contencioso). La razón se encuentra en que el auto firme del expediente de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada material lo que supone la posibilidad de promover un proceso contencioso de la LEC. Es evidente, que la carencia de eficacia de cosa juzgada material implica la posibilidad de poder iniciar un proceso contencioso con el mismo objeto sin necesidad que éste vaya dirigido a la revocación de aquél.

⁴⁶ Literalmente se indica en el apartado 2 de dicho artículo que: “Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

⁴⁷ J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, op. cit.

d) Competencia

d.1) Competencia objetiva y funcional

64. La competencia objetiva la tiene el Juzgado de Primera Instancia y es competencia funcional puesto que va a conocer el Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria a no ser, como se indica en el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cambie de residencia la persona con discapacidad que entonces corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida. Ahora bien, como se indica en el siguiente apartado 3, para trasladar los autos al nuevo Juzgado es necesario que el cambio de residencia se efectúe antes de la celebración de la vista.

d.2) Competencia territorial

65. De acuerdo a lo establecido en el artículo 52.1, 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Ley 8/2021, la competencia territorial para conocer del procedimiento para proveer de medidas de apoyo a personas con discapacidad sería el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad sea ella o no quien solicite las medidas. Así, literalmente, se indica en dicho artículo que: *«En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad será competente el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad, conforme se establece en el apartado 3 del artículo 756».*

Es un fuero legal imperativo por lo que no cabe la sumisión tácita ni expresa a otro órgano que no sea este.

e) Clase de procedimiento

66. Este procedimiento se encuadra dentro de los procedimientos especiales contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que se tramitan por la vía del juicio verbal.

De acuerdo al apartado 1 del artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento por el que se tramitará la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad será el del juicio verbal. Por tanto, la tramitación del verbal será la correspondiente para este procedimiento, al igual que estaba previsto para tramitar el procedimiento de incapacitación.

Además, de acuerdo al párrafo 3 del mismo artículo 753, la tramitación de este procedimiento será preferente cuando se designe a la persona con discapacidad medidas de apoyo con funciones representativas.

La opción del legislador por seguir los trámites del juicio verbal nos lleva a pensar que quiere darse a este procedimiento la mayor agilidad posible siendo un procedimiento con una tramitación más ágil que el ordinario.

f) Partes legitimadas

67. En este procedimiento especial por ser una de las partes una persona con discapacidad siempre debe intervenir el Ministerio Fiscal en defensa o tutela de los derechos de aquél. Como sabemos el Ministerio Fiscal actúa en el proceso defendiendo los intereses tanto de los menores como de las personas con discapacidad. Por lo tanto, como veremos el Ministerio Fiscal está legitimado por la ley para intervenir en defensa de los derechos de aquellos. Si bien, se puede situar en el lado activo o en el lado pasivo del procedimiento. En el lado activo, el Ministerio Fiscal, tal y como se indica en el artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá promover el proceso cuando no existan las personas legitimadas para plantear la demanda, que trataremos a continuación, o que existiendo no la hayan interpuesto. En este último supuesto, la ley prevé una excepción al planteamiento de la demanda por parte del

Ministerio Fiscal, y es que existan otras vías a través de las cuales la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Veremos cuáles podrían ser estas vías alternativas.

f.1) Parte activa

68. Legitimados para interponer la demanda en este procedimiento de solicitud de medidas de apoyo a las personas con discapacidad están, de acuerdo al artículo 757 de la LEC:

- a) la propia persona con discapacidad
- b) su cónyuge no separado de hecho o legalmente
- c) quien se encuentre en una situación de hecho asimilable
- d) su descendiente, ascendiente o hermano.

Por su parte, como acabo de indicar en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal estaría legitimado activamente cuando no existan las personas anteriormente mencionadas para plantear la demanda, o que existiendo las mismas no la hayan interpuesto. Por tanto, en el proceso contencioso a diferencia del expediente de jurisdicción voluntaria le legitimación del Ministerio Fiscal es subsidiaria, sólo va a ejercitar la acción en el supuesto de que los demás legitimados no puedan interponerla, tal y como se establece en el art. 757. 1 y 2 de la LEC.

Iniciado el proceso por alguna de las personas legitimadas activamente, cualquiera de las otras podrá intervenir a su costa y también podrán hacerlo aquellas personas que acrediten un interés legítimo, con los efectos previstos en el artículo 13 de la LEC.

f.2) Parte pasiva

69. En el lado pasivo de este procedimiento de adopción de medidas de apoyo tendríamos que hablar del demandado pero es más correcto hablar de interesado puesto que todo el procedimiento gira entorno a ayudar a la persona con discapacidad precisamente proveyéndole de medidas de apoyo. De hecho en el propio artículo 758 de la LEC se hace referencia al demandado como persona interesada. Como indica ADAN DOMÈNECH, “*su existencia es siempre necesaria ya que únicamente de esta forma se logra dotar al procedimiento de las suficientes garantías de contradicción*”⁴⁸.

70. Es importante la función tan relevante que se le ha atribuido al Letrado de la Administración de Justicia en este punto y no es otra que la de hacer comprender a la persona con discapacidad el objeto, la finalidad y los trámites de este procedimiento, tal y como se indica en el artículo 7 bis de la LEC y de la LJV, introducido por la Ley 8/2021, para lo cual podrá llevar a cabo las actuaciones que considere y adecuadas .

71. En este sentido, para determinar quién es la parte demandada o interesada en este procedimiento hay que tener en cuenta quien está situado en el lado activo. De acuerdo al artículo 758 de la LEC, “*Una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente*”.

⁴⁸ F. ADAN DOMÈNECH, “Proceso sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad,” en <https://vlex.es/vid/reintegracion-incapacidad-decretada-395800138>.

72. Hay que dejar claro que la acción en el proceso contencioso se va a dirigir contra la persona para la que se reclaman las medidas judiciales de apoyo con independencia de quién haya sido quien se haya opuesto en el expediente de jurisdicción voluntaria. Cobra verdadera relevancia el papel del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de la parte demandada, ha de velar porque se respeten sus derechos.

g) Intervención de terceros

73. Una de las novedades más relevantes de la reforma llevada a cabo en este procedimiento comparándolo con los antiguos procesos de modificación de la capacidad (proceso de incapacitación, proceso de reintegración de la capacidad y proceso de declaración de prodigalidad) se encuentra precisamente en la posibilidad de intervenir en este procedimiento civil cualquier persona legitimada para instarlo o que acredite un interés legítimo en el mismo.

Así, en el apartado 4 del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé la posibilidad de que intervengan en este procedimiento tanto las personas que están legitimadas para plantear la demanda como las que acrediten un interés legítimo. Este artículo nos remite al artículo 13 del mismo cuerpo legal que regula la institución de la intervención, en concreto, se remite a la intervención voluntaria de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. Por tanto, la persona con interés directo y legítimo en el proceso podrá plantear la demanda (intervenir) una vez iniciado el mismo.

Por otro lado, si se solicita el nombramiento de un concreto curador se le deberá dar traslado de la demanda aunque no sea parte para que pueda alegar lo que considere más conveniente, art.757.3 de la LEC.

h) Comparecencias

74. Otra de las novedades más relevantes de este procedimiento en relación con el anterior de modificación de la capacidad es la referida a la posibilidad de no celebrar las audiencias preceptivas cuando lo solicita la persona con discapacidad que además es la que ha iniciado el procedimiento por entender que afecta a su derecho a la intimidad y privacidad. Es evidente que para poder llevar a cabo esta posibilidad es necesario que la persona con discapacidad entienda las actuaciones que se están llevando a cabo y sopesa las consecuencias de cada una de ellas, de otra forma sería muy difícil por no decir imposible que la persona con discapacidad pudiese decidir libremente con total autonomía.

A este respecto, es importante tener en consideración lo que se especifica en el artículo 758 último apartado de la LEC, que indica *“El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis”*.

En concreto en el artículo 7 bis del mismo cuerpo legal que se titula precisamente *“Ajustes para personas con discapacidad”* se establece que todas las personas con discapacidad tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo⁴⁹. Para conseguir

⁴⁹ Concretamente, el significado de tal enunciado queda englobado en lo siguiente:

“A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”.

este objetivo es por lo que el legislador ha introducido las adaptaciones y ajustes necesarios para las personas con discapacidad con la finalidad de que puedan participar en el proceso en condiciones de igualdad.

i) Prueba

75. En materia de prueba, como hemos visto anteriormente en el apartado de aspectos generales aplicables a todos los procesos incluidos en el Título I del Libro IV de la LEC, de acuerdo al artículo 752: *“Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”*.

Por tanto, el órgano judicial puede practicar la prueba que considere conveniente para proveer de medidas de apoyo a la persona con discapacidad. Pero además, el legislador ha previsto específicamente para este procedimiento que el Tribunal lleve a cabo de forma preceptiva la práctica de las siguientes (artículo 759 de la LEC):

“1.º Se entrevistará con la persona con discapacidad.

2.º Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.

3.º Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”.

76. Además, el legislador ha preceptuado que la práctica preceptiva de estas pruebas de oficio lo sean tanto para primera instancia como la segunda en el caso de que la sentencia fuese apelada. A mi parecer, ello garantiza un contacto estrecho entre el órgano judicial y la persona interesada con el fin de evaluar sus necesidades de forma más adecuada. Entiendo fundamental la entrevista con la persona con discapacidad puesto que si la intención del legislador al regular este procedimiento es atender fundamentalmente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, deba entrevistarse con ella necesariamente para saberlos. No hay que confundir esta entrevista con la tradicional exploración judicial del incapaz que se llevaba a cabo con anterioridad a la reforma⁵⁰. Al igual considero importante la práctica de las otras actuaciones puesto que a mi parecer van todas dirigidas al mismo propósito que no es otro que saber la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

77. Recientemente, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de las actuaciones en un procedimiento para acordar medidas de apoyo precisamente porque la Audiencia infringió las garantías procesales de fundamental importancia a los efectos de pronunciarse sobre la fijación judicial de apoyos, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones. En concreto, la Audiencia debió llevar a efecto las diligencias prevenidas en el art. 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto⁵¹.

En los fundamentos jurídicos de dicha resolución que recojo literalmente, el Tribunal Supremo ha manifestado que:

“No obstante, la nueva ley dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad -que no es el caso- el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta -que no

⁵⁰ Véase sobre esta cuestión J. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *formularios judiciales y notariales comentados de discapacidad y medidas de apoyo. Líneas maestras de la reforma de la discapacidad en la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (Coord. LINACERO DE LA FUENTE; A. GÓMEZ LINACERO), 2022, documento tol8.998.823.

⁵¹ Véase la STS 206/2022, 14 de marzo, ECLI: ES:TS:2022:940, DOCUMENTO TOL8.876.309.

ha realizado- y, de forma excepcional -sin que concurran razones para ello-, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759.2 LEC).

Este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las consecuencias legales derivadas de la falta de observancia de dichos requisitos, de imperativo acatamiento, tanto en primera como en segunda instancia, concebidos como expresión de orden público procesal.

De esta manera, la jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, anuda a la falta de práctica de tales pruebas, la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, y así se razonó:

“[...] como quiera que es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala la de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz y examen de éste por el propio Juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada “ex officio” por esta Sala de casación (Sentencias de 20 de Febrero y 12 de Junio de 1989, 20 de Marzo y 24 de Mayo de 1991, 30 de Diciembre de 1995), un somero examen del proceso (tan defectuosamente tramitado) a que este recurso se refiere, pone ostensiblemente de manifiesto que no han sido oídos los parientes más próximos del presunto incapaz (ni uno solo de ellos), cuyo requisito, exigido expresamente por el artículo 208 del Código Civil, tiene trascendencia constitucional (Sentencias de 20 de marzo de 1991 y 19 de Febrero de 1996)”.

Las sentencias 252/2001, de 16 de marzo y 947/2002, de 14 de octubre, con las citadas en ellas, recogieron el matiz jurisprudencial de considerar la repetición de las diligencias preceptivas como necesarias, solamente, para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación, en relación con la sentencia dictada en primera instancia.

No obstante, en la sentencia 610/2005, de 15 de julio, bajo la redacción del art. 759.3 LEC 1/2000, se consideran tales pruebas de oficio como necesarias para determinar las medidas de apoyo que, en su caso, precise la persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, tanto en primera como en segunda instancia, y de esta forma se señala:

“El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto del derogado art. 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediatez, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En el presente caso, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, no dio cumplimiento a lo prevenido en el art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo evidente la indefensión producida atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos”.

Es obvio, por lo tanto, que la Audiencia infringió una garantía procesal de fundamental importancia a los efectos de pronunciarse sobre la fijación judicial de apoyos, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones, sin que sea óbice para ello que la parte recurrente no hubiera impugnado la diligencia de ordenación, que fijaba el día y hora para deliberación y fallo, dado que se trata de una norma imperativa, ajena al comportamiento procesal y disposición de la recurrente, que es de orden público y de relevancia constitucional, con las únicas causas de exención del actual 759.2 LEC, que no concurren como antes hemos analizado.

Deberá pues la Audiencia llevar a efecto las diligencias prevenidas en el art. 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto y, al hacerlo, adaptar la sentencia al nuevo régimen legal impuesto por la Ley 8/2021, como exige su disposición transitoria sexta”.

Queda patente la relevancia que tiene en este procedimiento especial la práctica de las pruebas que preceptivamente impone el legislador, no sólo en primera instancia sino también en segunda, como es el caso enjuiciado en dicha sentencia.

j) Sentencia

78. De acuerdo al artículo 760 de la LEC, “*Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables*”.

Las medidas previstas en la sentencia serán revisadas, tal y como prevé la legislación civil, siguiendo los trámites de la jurisdicción voluntaria.

k) Notificación de la sentencia

79. La Ley establece en el artículo 755 de la LEC el acceso de las sentencias al Registros públicos. Literalmente se indica en dicho artículo que: “*El letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.*”

A petición de parte, se comunicarán también al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan. En el caso de medidas de apoyo, la comunicación se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido”.

l) Medidas cautelares

80. De acuerdo al artículo 762 de la LEC cabe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en este procedimiento, tanto las personas legitimadas para solicitarlas como el momento proceso oportuno puede ser distinto.

81. En relación con las personas legitimadas para solicitar las medidas cautelares pueden serlo tanto el órgano judicial, como el Ministerio Fiscal.

82. En relación con el órgano judicial tal y como se indica en el primer apartado del art. 762 de la LEC: “*Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*”, por tanto, el juez de oficio podrá acordar las medidas cautelares necesarias en protección de la persona con discapacidad poniéndolo en conocimiento inmediatamente del Ministerio Fiscal, ya que no se fija ningún plazo, para que éste si lo considera conveniente inicie el expediente de jurisdicción voluntaria. En este sentido, las medidas cautelares pueden acordarse con anterioridad al inicio del expediente de jurisdicción voluntaria.

83. No existe vinculación de las medidas cautelares con ningún proceso ya que como hemos visto pueden ser acordadas antes de que se inicie ningún proceso. La adopción de las medidas cautelares de oficio, parten de la consideración de amenaza o desvalimiento en el que se puede encontrar la persona con discapacidad siendo necesaria la adopción de medidas de apoyo. La posibilidad de acordar medidas cautelares de oficio sin necesidad de ir preordenadas a la efectividad de la sentencia ha hecho que la doctrina abogue por la consideración de estas medidas más como medidas provisionales que no cautelares⁵².

84. Por otro lado, en el segundo apartado del mismo artículo se indica que: “*El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*”

⁵² Véase el trabajo de M^a T. MANGAS ALONSO, “Incidencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, op. cit. 138.

Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento”.

En las mismas circunstancias a las que hace referencia el precepto se refiere al conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo.

85. Se entiende que la adopción de estas medidas cautelares, pueden solicitarse en cualquier estado del procedimiento, entendiéndose que cabe tanto en el expediente de jurisdicción voluntaria como en el proceso contencioso.

86. Finalmente, en el tercer apartado del mismo artículo comentado se indica que: *“Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley”.* Por tanto, es de especial relevancia para acordar las medidas cautelares que se lleve a cabo una audiencia con la persona con discapacidad para valorar las medidas a adoptar. Esta exigencia que ya estaba prevista anteriormente a la reforma se ha visto reforzada con la Ley 8/2021. Así, el Tribunal Supremo ha venido a decir que:

“El art. 762 LEC establece la posibilidad de adoptar medidas de protección de las personas que se encuentren en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, con la regla general de la previa audiencia de las personas afectadas. Esta regla general se acentúa en la nueva redacción del art. 762.3, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor a partir del 3 de septiembre de 2021) que solo permite excepcionarla en los casos de “urgencia de la situación”. Como señala el auto de 6 de marzo de 2019 (rec. 5345/2018):

“[...] la finalidad de las medidas cautelares es asegurar un resultado futuro del proceso a fin de evitar el riesgo de ineffectividad de la sentencia firme que en su día se dicte. El Tribunal Constitucional destaca esa finalidad afirmando que “todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia” (sentencia 218/1994)”.

Sigue recordando dicho auto que, de acuerdo con los arts. 728 y 730.4 LEC, los requisitos que deben concurrir para el acogimiento de la pretensión cautelar con posterioridad a la demanda o en fase de recurso “son los siguientes: i) Peligro por la mora procesal. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. ii) Apariencia de buen derecho. iii) Caución. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. iv) La adopción de medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda o durante la pendencia de un recurso, exige que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen su solicitud en esos momentos, por haber sido desconocidos al hacerse aquélla o ser posteriores (art. 730.4 LEC)”⁵³.

VI. Conclusiones

87. La reforma que lleva a cabo la Ley 8/2021 es una reforma integral que afecta a distintas leyes y va dirigida a proporcionar a las personas con discapacidad de los mecanismos necesarios y adecuados para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas. Para ello, considero de especial relevancia la introducción del artículo 7 bis de la LEC y LJV que establece las adaptaciones y ajustes necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones.

⁵³ Auto del TS 11405:2021, 13 de septiembre de 2021, ECLI: ES:TS:2021:11405^a, DOCUMENTO TOL8.594.611.

88. Toda la reforma va dirigida a que las personas con discapacidad puedan decidir libremente y, por tanto, a garantizar la autonomía de la voluntad dando preferencia a sus deseos y preferencias. Por otro lado, la reforma también se dirige a proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que no supongan una medida de sustitución sino de asistencia a la persona y, por ello, ya no es presupuesto necesario la declaración por parte del juez de la incapacidad para que dicha persona pueda tener medidas de apoyo. De hecho, la reforma ha suprimido el procedimiento que anteriormente iba dirigido a declarar la incapacidad.

89. Aunque la Ley 8/2021 se inspira en principios diferentes a los que hasta entonces se aplicaban, sin embargo, la experiencia práctica hasta ahora, que no es mucha por la poca vigencia de la Ley, está demostrando -a través de la interpretación de la ley- que se sigue optando, en determinados casos todos ellos excepcionales, por la idea de protección frente a la voluntad, deseos o preferencias de la persona para garantizar por encima de todo su dignidad. La dignidad de las personas está por encima de cualquier otra consideración.

90. A mi parecer, lo más relevante de la reforma es el papel que ha concedido la ley a las personas con discapacidad, ha pasado de modelo de discapacidad médico o rehabilitador a un modelo de discapacidad social, ajustándose a lo establecido en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro*

Instruments on Human Rights due diligence: Genesis, evolution and future perspectives

CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7198

Resumen: El concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos (DDDH), desarrollado por Ruggie, forma parte del corazón de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Este estudio aborda los orígenes de la DDDH, la evolución de instrumentos internacionales y nacionales en los que ha ido ganando amplia aceptación y las perspectivas de futuro que se plantean a la vista de la futura adopción de una Directiva de la UE. Se examinará la definición de DDDH, su alcance y los límites de la formulación de esta noción en los distintos instrumentos; se evaluará en particular su contribución a una rendición de cuentas empresarial efectiva en atención a sus objetivos, dado que la mayoría de estos instrumentos tiene una vigencia aún limitada en el tiempo.

Palabras clave: Debida diligencia en derechos humanos, Principios Rectores, Directiva sobre debida diligencia en sostenibilidad corporativa.

Abstract: The concept of human rights due diligence (HRDD), developed by Ruggie, is at the heart of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. This article addresses the origins of HRDD, the evolution of international and national instruments in which it has been gaining wide acceptance and the future prospects that arise in view of the upcoming adoption of an EU Directive. The definition of HRDD, its scope and the limits of this notion in the different instruments will be examined. Their contribution to effective corporate accountability will be evaluated in view of their objectives, given that the majority of these instruments have been in force for a limited period of time.

Keywords: Human Rights Due Diligence, UNGPs, proposed EU Directive on due diligence.

Sumario: I. Introducción. II. Orígenes de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos. 1. Breve historia del concepto de debida diligencia 2. Definición de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. III. Evolución de instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos 1. Instrumentos internacionales. A) Directrices de la OCDE. B) Declaración Tripartita de la OIT. C) Normas de desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador. D) Proyecto de

* Investigación realizada en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ-055 “Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global”, y en el marco de la «Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua» (REDH-EXATA <https://redhexata.com/la-red/>), del que la autora es miembro, financiada por la Asociación Iberoamericana de Postgrado (AUIP).

Todos los vínculos web citados han sido consultados a 30 de mayo de 2022.

Tratado 2. Instrumentos de la Unión Europea. A) Reglamento sobre la madera. B) Reglamento sobre minerales de conflicto 3. Instrumentos nacionales. A) Ley francesa del deber de vigilancia de 2017. B) La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos de 2019. C) Ley sobre debida diligencia corporativa en las cadenas de suministros de Alemania de 2021. D) Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010. E) Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de Australia de 2012. IV. La futura Directiva europea sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad. 1. La propuesta del Parlamento Europeo sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial. 2. La propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. A) Objetivos. B) Ámbito de aplicación. C) Elementos del proceso de debida diligencia en derechos humanos. D) Reparación. E) Responsabilidad civil. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Tras recibir la adhesión unánime del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH-NU) en 2011, los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos se han convertido en el instrumento “más autorizado sobre los deberes o responsabilidades de derechos humanos de los Estados y las corporaciones adoptados en el plano universal por la ONU”¹. Desarrollados en un proceso de consulta mundial en el curso del mandato asignado al Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el Profesor John G. Ruggie, los Principios Rectores de las Naciones Unidas constituyen el primer instrumento internacional sobre esta materia adoptado en el seno de una organización internacional intergubernamental. Ruggie insertó estratégicamente en el corazón de los Principios Rectores el concepto de debida diligencia en derechos humanos (DDDH).

2. Los Principios Rectores tienen por objeto abordar y prevenir las violaciones de los derechos humanos relacionadas con la actividad empresarial cerrando los vacíos de gobernabilidad en la economía mundial². Constituyen un instrumento de *soft law* que contiene los estándares universales en esta materia³ estructurados en torno a tres pilares: (1) el deber del Estado de proteger frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, que afecten a las personas y comunidades dentro de su territorio o jurisdicción; (2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y (3) el acceso efectivo de las víctimas a la reparación⁴. De acuerdo al segundo pilar, los estándares se dirigen a las empresas en relación con su responsabilidad de respetar, la cual es “una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos, que existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que hayan asumido, por lo que la responsabilidad de respetar no altera ni reduce las obligaciones estatales”⁵.

3. A pesar de la persistente crítica de la forma y el fondo de los Principios Rectores de las Naciones Unidas por parte de académicos y actores de la sociedad civil⁶, el respaldo del Consejo de Derechos Humanos y su apoyo por parte de actores clave ha desencadenado un notable proceso de difusión de las normas y estándares de rendición de cuentas corporativa en materia de derechos humanos. En

¹ O. DE SCHUTTER, “Foreword: Beyond the Guiding Principles”, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. xv-xxii.

² J.G. RUGGIE, *Just business: Multinational corporations and human rights*. W. W. Norton, New York, 2013.

³ Véase al respecto C. MÁRQUEZ CARRASCO, “La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, N.º 20, 2015, pp. 55-87. C. MÁRQUEZ CARRASCO (COORD.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Aranzadi, 2017.

⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, J.G. RUGGIE, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

⁵ Principio Rector 11, comentario.

⁶ Entre otros, véanse C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.) *Business and human rights: Beyond the end of the beginning*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017; S. DEVA, “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights’: What next?”, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Research handbook on human rights and business*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 1-21.

los últimos diez años, los Principios Rectores de las Naciones Unidas se han integrado en los marcos normativos y las directrices de organizaciones como la Unión Europea⁷ y la OCDE⁸, y las principales empresas transnacionales (ETN)⁹. Han inspirado regulaciones en materia de inversión para diferentes sectores de la economía de mercado global¹⁰, y han alentado el desarrollo de instrumentos regulatorios de la conducta de las empresas en materia de derechos humanos a través de instrumentos de política pública tales como Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos¹¹, desarrollo y mejora de los Puntos de Contacto Nacionales¹², y leyes nacionales de diligencia debida en materia de derechos humanos¹³. Aunque el último borrador de un futuro tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos, que fue iniciado por los críticos de los Principios Rectores y se encuentra en proceso de elaboración desde 2015 se aparta del enfoque de los Principios Rectores en aspectos importantes¹⁴, también se basa en sus conceptos y estándares clave, como la diligencia debida en materia de derechos humanos¹⁵.

4. Con su incorporación desde 2011 en un número creciente de instrumentos internacionales y de medidas legislativas nacionales que buscan consolidarlo en la legislación como una obligación jurídica, ha ido ganando una amplia aceptación. No obstante, en este contexto persisten importantes diferencias de interpretación y de posiciones de los grupos de interés en cuanto a su naturaleza, objetivos y relación, en su caso, con la responsabilidad legal. Sin duda, la debida diligencia en materia de derechos humanos

⁷ Véase la Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes, disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en; y la estrategia de RSE de la UE; véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones (2011), *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0681> (todos consultados el 30 de septiembre de 2021).

⁸ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales 2011, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁹ Véanse, por ejemplo, Organización Internacional de Empleadores (OIE), Cámara de Comercio Internacional (ICC) y el Comité Asesor de Empresas e Industria (BIAC) de la OCDE, Declaración conjunta sobre empresas y derechos humanos ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 30 mayo de 2011; Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Químicos de China, Directrices para la responsabilidad social en inversiones mineras, 2014; véanse también las políticas de derechos humanos de las empresas transnacionales como Volkswagen AG, disponibles en <https://www.volkswagenag.com/en/sustainability/business-and-human-rights.html#>; por Royal Dutch Shell, disponible en: https://www.shell.com/sustainability/communities/human-rights/_jcr_content/par/textimage_432255052_.stream/1620319789073/97788a0ea7c09cc6c63dece84a6d508947030e68/shell-pp-human-rights-may.pdf; y por Nestlé, disponible en: <https://www.nestle.com/csv/what-is-csv/ethical-business/human-rights>.

¹⁰ Entre otras, la ISO 26000, un documento de orientación sobre responsabilidad social de la Organización Internacional de Normalización; las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional, 1 de enero de 2021.

¹¹ En 2021, 25 Estados han publicado un PAN sobre empresas y derechos humanos, 3 Estados han incluido un capítulo en sus Planes Nacionales sobre derechos humanos y 27 Estados se encuentran en proceso de elaboración de un Plan Nacional o se han comprometido al desarrollo de esta política pública. Véase C. MÁRQUEZ CARRASCO, “The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: what contribution are the National Action Plans making?”, en A. MARX, G. VAN CAALSTER & J. WOUTERS (eds.), *Research handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Elgar, 2022, pp. 76-99, en p. 82.

¹² Véase la Guía de la OCDE para puntos de contacto nacionales sobre estructuras y actividades, 2019, disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guide-for-National-Contact-Points-on-Structures-and-Activities.pdf>.

¹³ Algunos de los instrumentos más recientes sobre diligencia debida en materia de derechos humanos incluyen: la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido de 2015, el Reglamento de Minerales en Conflicto de la UE de 2017, la Ley de Deber de Vigilancia de Francia de 2017, la Ley de Debida Diligencia de Trabajo Infantil de Holanda de 2019 y la Ley Alemana de Debida Diligencia Corporativa en las cadenas de suministro de 2021. Para un análisis detallado de las leyes y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos en Europa, véase A. SCHILLING-VACAFLOR, A. LENSCHOW, “Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges”, *Regulation & Governance* 2021, pp. 1-17.

¹⁴ El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (OEIGWG) fue establecido por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU con el mandato de “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, A/HRC/RES/26/9, 14 de julio de 2014, párr. 1.

¹⁵ El tercer borrador revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos, 17 de agosto de 2021, está disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

constituye uno de los retos ineludibles en la rendición de cuentas empresarial por abusos de derechos humanos. Así ha sido reconocido por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas en el informe publicado con motivo del aniversario de los Principios Rectores, en el que afirma, entre otros, que uno de los mayores logros que se identifican en la evaluación de la primera década de los Principios Rectores es la contribución aportada por este marco sobre el contenido y el alcance de la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos, lo que ha permitido progresos en la regulación y la legislación en diversas jurisdicciones¹⁶.

5. Teniendo en cuenta los diferentes enfoques, este estudio aborda los orígenes de esta noción, la evolución de instrumentos internacionales y nacionales que la han incorporado y las perspectivas de futuro que se plantean a este respecto a la vista de la futura adopción de una Directiva de la UE. Se examinará en particular la definición de debida diligencia en materia de derechos humanos, su alcance y los límites de la formulación de esta noción en los distintos instrumentos y en particular se evaluará su contribución a una rendición de cuentas empresarial efectiva en atención a sus objetivos, dado que la mayoría de estos instrumentos tiene una vigencia aún limitada en el tiempo.

II. Orígenes de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos

6. El concepto de diligencia debida ha existido mucho antes de que el Profesor Ruggie asumiera en 2005 el mandato de Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

1. Breve historia del concepto de debida diligencia

7. El concepto de diligencia debida como *norma de diligencia* se originó en el Derecho romano. En particular, un infractor sería considerado responsable de actos de negligencia si no hubiera respetado la norma de conducta que habría sido ejercida en las circunstancias por las *paterfamilias diligentes* (es decir, el jefe prudente del hogar), lo que se conocería en el derecho consuetudinario como el estándar de la persona razonable ordinaria. Los abogados romanos utilizaron el ejemplo de un agricultor que quema el rastrojo en su campo en un día tranquilo, observando el fuego diligentemente, cumpliendo así con el estándar de conducta esperado. Sin embargo, si el agricultor elige un día ventoso y como resultado no puede controlar el incendio, sería responsable del daño a los cultivos de un vecino.

8. Desde el Derecho Romano, la diligencia debida ha seguido siendo un estándar de conducta esperada que depende de los hechos particulares del caso. Aunque las terminologías empleadas varían, esta noción, relativa a que la persona debe ejercer un cierto nivel de cuidado para no dañar a otro, está comúnmente reconocido en los sistemas jurídicos de los Estados, específicamente por los Estados miembros de la Unión Europea.

9. En tanto que concepto y práctica empresarial, la diligencia debida ha existido durante años y mucho antes de que comenzara a debatirse en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. En el contexto empresarial, la diligencia debida es un proceso de investigación de hechos y datos para identificar y gestionar los riesgos comerciales, incluido el potencial de responsabilidad legal, antes de realizar una transacción o actividad comercial determinada. A una empresa le interesa llevar a cabo a fondo este proceso a para identificar y prevenir los riesgos comerciales y financieros para la propia empresa.

¹⁶ Véase el informe accesible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/ungps10plusroadmap.pdf>

En él se establecen 8 áreas de acción clave para acercarnos progresivamente a la plena realización de los Principios Rectores y además se fijan objetivos específicos para los distintos actores.

De hecho, el concepto fue inicialmente una creación de la ley de valores estadounidense tras la Gran Depresión. La *Securities Act* de 1933 impone una estricta responsabilidad civil a ciertas personas por declaraciones falsas y omisiones de hechos materiales en una declaración de registro de valores¹⁷. Sin embargo, se establece una excepción (una defensa procesal) cuando se han llevado a cabo “investigaciones razonables”¹⁸ respecto de la información publicada para emitir valores financieros. El estándar pertinente de razonabilidad que debe aplicarse en esta situación es el de un “hombre prudente en la gestión de sus propios bienes”¹⁹.

A partir de esta ley de 1933, el concepto de diligencia debida surgió en otros contextos, particularmente con respecto a transacciones financieras como fusiones y adquisiciones²⁰. Si bien la diligencia debida llevada a cabo en tales transacciones en la década de 1980 fue bastante limitada, el proceso se ha extendido gradualmente para “incluir cualquier investigación relativa a la adquisición de los activos de una empresa en un contexto comercial, el análisis de riesgo en la financiación de actividades comerciales y a pesquisas pre-contractuales de carácter general”²¹. A medida que se han ido desarrollando normas nacionales e internacionales, la noción ha pasado de estándar de prevención de riesgos para las transacciones comerciales de las empresas a convertirse en un estándar consolidado de control de conducta empresarial²².

10. En el Derecho Internacional, la noción de debida diligencia es por definición vaga e indeterminada. Este concepto ha desempeñado un papel importante en la responsabilidad de los Estados respecto de las actividades de los actores privados. Se ha configurado como una obligación de comportamiento, no se trata de una obligación de resultado, lo que significa que la atención primaria se centra en el comportamiento del titular de la obligación y no en el resultado de dicho comportamiento. Como es sabido, según las reglas de responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el Estado solo es responsable por los actos que les son atribuibles y que constituyen una violación de sus obligaciones internacionales²³. Para que los actos de actores privados puedan dar lugar a responsabilidad del Estado la conducta tiene que ser dirigida o controlada por el Estado, o reconocida y adoptada por el mismo como propia, lo que difícilmente ocurre con relación a las actividades comerciales llevadas a cabo por empresas privadas. Suele ser la omisión del Estado que se aparta del estándar de debida diligencia, y no la conducta dañina del actor privado, la que termina produciendo la potencial responsabilidad internacional del Estado. Estudios sobre esta materia han señalado varios ámbitos del Derecho Internacional en los que este estándar es de aplicación: la protección internacional del medio ambiente, la protección de los representantes del Estado en el extranjero, la protección de inversiones extranjeras, la seguridad de la navegación aérea y marítima, actividades relacionadas con el espacio ultraterrestre, Derecho de la UE, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁴.

11. En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha desarrollado una obligación positiva a los Estados para llevar a cabo la debida diligencia para prevenir o reprimir viola-

¹⁷ *Securities Act 1933*, section 11(a), accessible <https://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Act%20Of%201933.pdf>.

¹⁸ *Ibid.*, section 11(b).

¹⁹ *Ibid.*, section 11(c).

²⁰ Véase M. HARVEY AND R. LUSCH, “Expanding the Nature and Scope of Due Diligence”, *Journal of Business Venturing*, n° 5 1995; *id.*, “Beyond traditional due diligence for mergers and acquisitions in the 21st century”, *Review of Business*, vol. 19, no. 3, spring 1998, pp. 17; O. MARTÍN-ORTEGA, “Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014 n° 32(1), pp. 44-74.

²¹ O. MARTÍN-ORTEGA, “La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, n° 9, 2013, p. 6.

²² *Ibid.*, p. 8.

²³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículos 2, 4, 5, 7 y 8.

²⁴ Para estudios monográficos sobre la debida diligencia en Derecho Internacional, véanse F. LOZANO CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público*, Atelier, 2007. H. KIEGER, A. PETERS, L. KREUZER, (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, OUP, 2020.

ciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales, incluidas las empresas²⁵. Por lo tanto, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la debida diligencia ha sido aplicada como un estándar de conducta que los Estados deben cumplir para proteger los derechos humanos dentro de su jurisdicción.

12. En el área de empresas y los derechos humanos, el concepto de diligencia debida se introdujo por primera vez en 2003 en el proyecto de normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (proyecto de normas)²⁶. El artículo 1 del proyecto de normas impone a los Estados la responsabilidad primordial de garantizar que las empresas respeten los derechos humanos. También impuso a las empresas una obligación separada de “promover, asegurar el cumplimiento, respetar, garantizar el respeto y proteger los derechos humanos reconocidos en el Derecho internacional y nacional” dentro de su esfera de influencia. En el comentario al artículo 1 se señala que las empresas tienen la responsabilidad de utilizar “la diligencia debida para garantizar que sus actividades no contribuyan directa o indirectamente a las violaciones de los derechos humanos, y que no se beneficien directa o indirectamente de abusos de los que tenían conocimiento o deberían haber tenido conocimiento”²⁷. No se proporcionó ninguna otra explicación sobre cómo la diligencia debida debía llevarse a cabo y, finalmente, el proyecto de normas no fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en 2004.

13. El concepto de diligencia debida volvió al ámbito de empresas y derechos humanos cuando el Profesor Ruggie fue nombrado Representante Especial del Secretario General. Tras el fracaso del proyecto de normas, Ruggie introdujo el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos en 2008 y lo desarrolló durante un período de aproximadamente tres años hasta que los Principios Rectores de las Naciones Unidas fueron respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Como él mismo reconocía, hasta entonces la diligencia debida se consideraba un “proceso empresarial” utilizado en “términos estrictamente transaccionales”²⁸. Sin embargo, Ruggie trató de ampliar el concepto en “un intento integral y proactivo de descubrir riesgos para los derechos humanos, reales y potenciales, a lo largo de todo el ciclo de vida de un proyecto o actividad empresarial, con el objetivo de evitar y mitigar esos riesgos”²⁹. Lo hizo recurriendo a los elementos clave de la diligencia debida y combinándolos con los elementos distintivos de los derechos humanos. Esto es lo que ahora se conoce y se articula como el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Ruggie le asignó un papel clave en el Segundo Pilar de los Principios Rectores porque reconoció que las empresas no pueden conocer o demostrar que están respetando los derechos humanos sin llevar a cabo la debida diligencia³⁰. De hecho, concibió la debida diligencia en materia de derechos

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, Serie C, Caso No. 4 (1988), para. 172 y para. 176. Véase también O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., p. 103.

²⁶ Véase en <https://digitallibrary.un.org/record/501576>

²⁷ La versión original es como sigue: “(b) Transnational corporations and other business enterprises shall have the responsibility to use due diligence in ensuring that their activities do not contribute directly or indirectly to human rights abuses, and that they do not directly or indirectly benefit from abuses of which they were aware or ought to have been aware. Transnational corporations and other business enterprises shall further refrain from activities that would undermine the rule of law as well as governmental and other efforts to promote and ensure respect for human rights, and shall use their influence in order to help promote and ensure respect for human rights.”

Transnational corporations and other business enterprises shall inform themselves of the human rights impact of their principal activities and major proposed activities so that they can further avoid complicity in human rights abuses. The Norms may not be used by States as an excuse for failing to take action to protect human rights, for example, through the enforcement of existing laws.”

²⁸ J. G. RUGGIE AND J. SHERMAN, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *European Journal of International Law* 921, 28(3), 2017, p. 924; Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Business and human rights: towards operationalizing of the “protect, respect and remedy” framework (22 April 2009), UN Doc. A/HRC/11/13 (2009 Report), p. 25.

²⁹ 2009 Report, p. 25.

³⁰ J. G. RUGGIE AND J. SHERMAN, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human

humanos para facilitar las denuncias de *naming and shaming* a las empresas por parte de los grupos de interés externos, incluyendo personas y comunidades afectadas, y para conducir a las compañías a “conocer y mostrar” mediante la internalización del respeto de los derechos humanos³¹.

14. Al exponer el alcance de la debida diligencia en materia de derechos humanos, Ruggie señaló que debía estar “determinado por el contexto en el que opera una empresa, sus actividades y las relaciones asociadas con dichas actividades”³² por referencia a tres factores, a saber: a) el país y el contexto local en el que tienen lugar las actividades comerciales pertinentes; b) las repercusiones en los derechos humanos que pueden tener las propias actividades de la empresa en ese contexto; y c) si las propias actividades de la empresa podrían contribuir al abuso a través de las relaciones conectadas con sus actividades³³. Es importante destacar que de su formulación se desprende que el alcance de la debida diligencia de derechos humanos no es fijo ni se basa en la influencia, sino que “depende de los impactos potenciales y reales en los derechos humanos resultantes de las actividades comerciales de una empresa y las relaciones conectadas con esas actividades”³⁴.

15. Con respecto al contenido sustantivo del concepto, para Ruggie los requisitos mínimos se establecen en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los convenios fundamentales de la OIT, así como en normas adicionales pertinentes para el contexto de una empresa en particular, como el Derecho Internacional Humanitario³⁵.

16. En cuanto al proceso para llevar a cabo la debida diligencia de derechos humanos, Ruggie estableció cuatro requisitos mínimos para las empresas³⁶:

- Adoptar una *política de derechos humanos*.
- Realizar *evaluaciones de impacto en los derechos humanos* para “comprender cómo las actividades existentes y propuestas pueden afectar a los derechos humanos”.
- *Integrar* las políticas de derechos humanos a través de la empresa, lo que requiere un enfoque de arriba hacia abajo para “integrar el respeto de los derechos humanos en toda la empresa”, así como la capacitación y la “capacidad de responder adecuadamente cuando surgen situaciones imprevistas”.
- *Realizar un seguimiento de su desempeño* a través de procesos de monitoreo y auditoría con actualizaciones periódicas del impacto y el desempeño en los derechos humanos.

Sobre la base de la anterior formulación, la debida diligencia en materia de derechos humanos quedó integrada en el Segundo Pilar de los Principios Rectores.

2. Definición de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas

17. La definición básica de “diligencia debida en materia de derechos humanos” se encuentra en el Principio Rector 15. Describe el proceso, o más bien un “conjunto de procesos

Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *European Journal of International Law* 921, 28(3), 2017, p. 924.

³¹ Keynote Address by SRSR John Ruggie “Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights” (2010).

³² Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Business and human rights: further steps toward the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework (9 April 2010), UN Doc. A/HRC/14/27 (2010 Report), p. 25.

³³ *Ibid.* p. 57.

³⁴ Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights (7 April 2008), UN Doc. A/HRC/8/5, p.72.

³⁵ *Ibid.* p. 58.

³⁶ *Ibid.* pp. 62-63.

interrelacionados”³⁷, a través del cual las empresas pueden *identificar, prevenir, mitigar y responder* de los impactos adversos reales y potenciales de sus actividades en los derechos humanos. Esta definición se amplía en el Principio Rector 17:

“Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa comercial haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guaren relación con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas”.

18. La debida diligencia en materia de derechos humanos ha sido presentada en la Guía interpretativa de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos como “un proceso de gestión continuo que una empresa razonable y prudente debe emprender, a la luz de sus circunstancias (incluido el sector, el contexto operativo, el tamaño y factores similares) para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos”³⁸.

19. Como advierte McCorquodale, el uso del término “debida diligencia” en los Principios Rectores parece ser una táctica innovadora, inteligente y deliberada, al ser un concepto con el que están familiarizados los empresarios, los grupos comprometidos con los derechos humanos y los Estados³⁹.

20. Con objeto de realizar una distinción clara de la debida diligencia en materia de derechos humanos y la debida diligencia empresarial es posible identificar con el autor antes citado cinco diferencias principales:⁴⁰

- a) Riesgo para la empresa *versus* riesgo para el titular de los derechos. El enfoque de la debida diligencia de derechos humanos de las empresas se centra en el riesgo para la empresa en sí, mientras que la debida diligencia en materia de derechos humanos se trata del riesgo para aquellos humanos que sufren el impacto o podrían verse afectados por las actividades comerciales⁴¹.
- b) Una responsabilidad para cada empresa *versus* múltiples responsabilidades para con los titulares de derechos. La debida diligencia empresarial que cada empresa tiene una responsabilidad en relación con su propia actividad empresarial, mientras que hay responsabilidades diferentes en la debida diligencia de derechos humanos dependiendo de las actividades de la empresa. Este último incluye las responsabilidades por los propios impactos adversos en los derechos humanos de una empresa comercial que ha causado o a los que ha contribuido, así

³⁷ Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, “Corporate human rights due diligence – emerging practices, challenges and ways forward”, A/73/163 (16 de julio de 2018), párrafo 10.

³⁸ ACNUDH, “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide”, HR/PUB/12/02 (2012) p.6, disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf (consultado el 3 de septiembre de 2020).

³⁹ R. MCCORQUODALE, “Human Rights Due Diligence Instruments: Evaluating the Current Landscape” en A. MARX, G. VAN CAALSTER & J. WOUTERS (eds.), *Research handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Elgar, 2022, pp. 120 ss.

⁴⁰ Los términos son distintos, aunque a veces se han confundido: véase la Guía interpretativa, n 6.

⁴¹ Véase B. FASTERLING, “Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk versus Human Rights Risk”, *Business and Human Rights Journal*, 2016 p. 225.

como las responsabilidades por los impactos en los derechos humanos de terceros con los que la empresa mantiene relaciones⁴².

- c) Los requisitos de diligencia debida varían sólo en cuanto a los productos o asuntos financieros, mientras que los requisitos de la diligencia debida en materia de derechos humanos varían en cuanto a tamaño, riesgo y contexto de las operaciones. Si bien el nivel de diligencia debida empresarial generalmente depende de los problemas financieros o de productos específicos, el nivel de debida diligencia en materia de derechos humanos esperado variará en complejidad dependiendo del tamaño de la empresa comercial, el riesgo de graves impactos en los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones⁴³.
- d) Diligencia debida única versus diligencia debida como proceso continuo. La debida diligencia empresarial suele ser una actividad única, como para una operación de fusión o adquisición, mientras que la debida diligencia en materia de derechos humanos es un proceso continuo. Este último reconoce que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo a medida que evolucionan las operaciones y el contexto operacional de la empresa.
- e) Responsabilidad social de las empresas versus DIDH. La diligencia debida empresarial a menudo se puede ver como parte de la responsabilidad social de las empresas, con un enfoque de casilla de verificación, mientras que la debida diligencia de derechos humanos tiene fundamento en el DIDH que incluye la responsabilidad de remediar⁴⁴.

21. Por lo tanto, es importante que el término utilizado en relación con las empresas y los derechos humanos sea “diligencia debida en materia de derechos humanos” y *no solo* “diligencia debida”. Curiosamente, el Proyecto de Tratado 2020 corrige la terminología de un proyecto anterior que se refería a la “diligencia debida” por el de “diligencia debida en materia de derechos humanos” por este motivo⁴⁵.

III. Evolución de los instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos

1. Instrumentos internacionales

22. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas han influido directamente en la inclusión de la DDDH en las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (revisadas en 2011) y en la Declaración Tripartita de Principios sobre empresas multinacionales y política social de 2017 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como en las Normas de Desempeño 2012 de la Corporación Financiera Internacional (CFI) y los Principios de Ecuador de 2013. La debida diligencia en materia de derechos humanos también se encuentra en el proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos. A estos instrumentos se dedican las siguientes páginas.

A) Directrices de la OCDE

23. La OCDE es una Organización Internacional formada por Estados industrializados, que actualmente cuenta con una membresía de 36 Estados. En 1976 se adoptó la Declaración de la OCDE sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales, que se convirtió en las Directrices de la

⁴² Véase Principio Rector 13.

⁴³ Principio Rector 17.

⁴⁴ Véase A. RAMASASTRY, “Corporate Social Responsibility versus Business and Human Rights: Bridging the Gap between Responsibility and Accountability”, *Human Rights Journal*, 2015, p 237.

⁴⁵ Véase R. McCORQUODALE and L. SMIT, (n.d.), “Human Rights, Responsibilities and Due Diligence: Key Issues for a Treaty” en S. DEVA y D. BILTCHIZ (eds), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 216-237.

OCDE sobre Empresas Multinacionales⁴⁶. Los Estados se comprometen de manera vinculante a aplicarlas y, en relación con las empresas, el prólogo de las actuales Directrices de la OCDE establece:

“Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en o desde países adherentes. Proporcionan principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable en un contexto global coherente con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices son el único código multilateralmente acordado y exhaustivo de conducta empresarial responsable que los gobiernos se han comprometido a promover”⁴⁷.

Por lo tanto, si bien no son vinculantes para las empresas, tienen un fuerte efecto influyente, sobre todo en relación con los Estados miembros.

24. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales fueron revisadas en 2011 específicamente para ser alineadas con los Principios Rectores de las Naciones Unidas. John Ruggie, su principal arquitecto, declaró que las Directrices revisadas de la OCDE eran “el primer [instrumento intergubernamental] en adoptar el concepto de diligencia debida basada en el riesgo formulada en los Principios Rectores para los impactos en los derechos humanos y extenderlo a todas las áreas principales de la ética empresarial”⁴⁸. Desde entonces, la OCDE ha publicado una serie de documentos de orientación sobre conducta empresarial responsable en relación con sectores particulares y sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos en general⁴⁹. En ellos se incluye la debida diligencia en materia de derechos humanos relativa a los impactos en los derechos humanos relacionados con los conflictos, los derechos laborales, el soborno y la corrupción, la divulgación de información y los intereses de los consumidores, y en la cadena de suministro en general⁵⁰.

25. Además, la OCDE ha ampliado la debida diligencia en materia de derechos humanos más allá de los derechos *humanos per se*, para incluir el medio ambiente y el cambio climático. En tal sentido, las Directrices de la OCDE establecen:

“[Las empresas] deberían, en el marco de las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de los países en los que operan, y teniendo en cuenta los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales pertinentes, tener debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, de llevar a cabo sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible”⁵¹.

Esta ampliación incluye fomentar, en su cadena de suministro, “el desarrollo y la prestación de productos o servicios que no tengan impactos ambientales indebidos; sean seguros en su uso previsto; reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero; sean eficientes en su consumo de energía y recursos naturales; puedan reutilizarse, reciclarse o eliminarse de forma segura”⁵².

⁴⁶ Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011, disponibles en <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Véase también Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable, en http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ J. RUGGIE and T. NELSON, “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”, Documento de Trabajo N° 66 de la Iniciativa de Responsabilidad Social De las Empresas (mayo de 2015), p. 13.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, OCDE, “Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chain of Minerals from Conflict-Affected Areas”, 2016, OECD Responsible Business Conduct for Institutional Investors: Key Considerations for due diligence under the OECD Guidelines for MNEs, 2016.

⁵⁰ Directrices de la OCDE, Comentario sobre políticas generales, párrafo 14.

⁵¹ Directrices de la OCDE, Sección VI Medio Ambiente.

⁵² *Ibid.*, en el artículo 6. Véase también el Informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia y Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados, “Lograr la justicia y los derechos humanos en una era de alteración climática”, Julio 2014.

26. Los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) de la OCDE han sido cuestionados en relación con su capacidad para proporcionar un recurso directo a las víctimas y por ello ha llegado a afirmarse que los propios PNC, con su enfoque centrado en la mediación, no han logrado reforzar las Directrices de la OCDE⁵³. Sin embargo, la posible eficacia de extender la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos al medio ambiente puede verse en un caso presentado ante el PNC holandés contra ING en 2017 por Greenpeace y otras organizaciones no gubernamentales. La demanda fue presentada contra el banco ING, institución financiera con sede en los Países Bajos, en relación con sus inversiones en combustibles fósiles, sobre la base de que no había identificado sus efectos indirectos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero⁵⁴. El PNC indicó que los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos de las empresas pueden incluir objetivos para abordar el cambio climático, y posteriormente las partes llegaron a un acuerdo sobre lo que ING debía hacer al respecto⁵⁵. El PNC hizo hincapié en que la ausencia de una metodología o norma internacionalmente aceptada no significa que las empresas, incluidas las instituciones financieras, no tengan que buscar la medición y divulgación del impacto ambiental en áreas donde las normas sobre información aún están evolucionando, como la presentación de informes sociales, ambientales y de riesgos.

27. Este caso, así como otras reclamaciones presentadas ante PNC apuntan a la importancia de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Sin embargo, hay que señalar que uno de los déficits que caracteriza a este mecanismo de la OCDE es que carece de medios para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones dirigidas a las empresas. Puesto que las Líneas Directrices de la OCDE tienen carácter voluntario, los PNC no tienen capacidad para que sus recomendaciones sean efectivamente llevadas a las práctica. En todo caso, la práctica de los PNC es por ahora limitada⁵⁶.

B) Declaración Tripartita de la OIT

28. La OIT, que es una Organización tripartita de las Naciones Unidas compuesta por gobiernos, empleadores y trabajadores y que establece las normas laborales. Su contribución en el campo de la rendición de cuentas de las empresas por los impactos en los derechos humanos y el fomentando de los derechos laborales se ha desarrollado durante muchas décadas antes de que los Principios Rectores de las Naciones Unidas fuesen adoptados. En cuanto a las obligaciones contraídas en virtud de tratados, muchos de los instrumentos jurídicos de la OIT en esta esfera se reunieron en su Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, que los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 incluyen específicamente en el ámbito de las responsabilidades de las empresas⁵⁷. También se ha comprometido con las cuestiones laborales en las cadenas de suministro a través de una serie de iniciativas, incluida la Comisión de Trabajo Decente en las Cadenas de Suministro⁵⁸ de la OIT y el Programa Better Work⁵⁹, una colaboración entre la OIT y la Corporación Financiera Internacional (CFI) para promover mejores condiciones laborales en la industria de la confección.

⁵³ Véase R. McCORQUODALE y A. GRIFFITH, "The Soft Law Nature of the OECD Guidelines: An Impediment for Access to Remedy?" en N. BONUCCI & C. KESSEDIAN, *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, 2018, pp. 119-140.

⁵⁴ Punto de Contacto Nacional de los Países Bajos para las Directrices de la OCDE, Declaración Final, Oxfam Novib, Greenpeace Países Bajos, BankTrack y Amigos de la Tierra Países Bajos (Milieudéfensie) versus ING, 19 de abril de 2019, disponible en <https://www.oecdguidelines.nl/latest/news/2019/04/19/final-statement-dutch-ncp-specific-instance-4-ngos-versus-ing-bank>.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁶ Véase K. BUHMANN, "Analysing OECD National Contact Point Statements for Guidance on Human Rights Due Diligence: Method, Findings and Outlook", *Human Nordic Journal of Rights*, 2018, 36:4, pp. 390-410.

⁵⁷ Véase el comentario al principio rector 12.

⁵⁸ Incluyendo su informe más reciente, OIT, *Informe IV: Trabajo decente en las cadenas de suministro mundiales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ésimo Sesión, 2016.

⁵⁹ Véase "Mejor trabajo – Mejor para todos" <https://betterwork.org/> (consultado por última vez el 3 de septiembre de 2020).

29. La Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT fue adoptada en 1977 y se aplica a los Estados, los sindicatos y las empresas⁶⁰. En marzo de 2017 se modificó la Declaración Tripartita de la OIT para alinearla con los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Proporciona orientación sobre los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos para lograr el trabajo decente, las empresas sostenibles, un crecimiento más inclusivo y una mejor distribución de los beneficios de la inversión extranjera directa⁶¹. En particular, refuerza el comentario sobre el Principio Rector 12 al afirmar:

“Las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deben llevar a cabo la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos adversos reales y potenciales relacionados con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entendidos, como mínimo, como los expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁶²”.

30. La Declaración Tripartita de la OIT también hace hincapié en la importancia de una consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinentes, incluidas las organizaciones de trabajadores, en la identificación y evaluación de los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos resultantes de las propias actividades de las empresas o de sus relaciones comerciales⁶³.

31. La Declaración Tripartita de la OIT tiene cierta influencia en el sentido de que es un instrumento jurídico vinculante. También es valioso como método mediante el cual la OIT puede trabajar con los Estados y otras organizaciones internacionales para lograr cambios. Por ejemplo, la OIT ha trabajado con bancos multilaterales de desarrollo en el seguimiento de las cuestiones laborales⁶⁴ y está vinculada a la Ley holandesa de diligencia debida en materia de trabajo infantil de 2019. Su influencia directa sobre las empresas aún no está clara, aunque las cuestiones relativas al trabajo forzoso y el trabajo infantil son áreas de considerable riesgo para la reputación de las empresas⁶⁵.

B) Normas de desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador

32. La Corporación Financiera Internacional (CFI), que forma parte del Banco Mundial, tiene una serie de Normas de Desempeño Ambiental y Social, que “definen las responsabilidades de los clientes de la CFI para gestionar sus riesgos ambientales y sociales”⁶⁶. Son aplicables a aquellos a quienes la CFI proporciona financiamiento para proyectos específicos, principalmente empresas u otros en el sector privado.

⁶⁰ Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en su 279.^a reunión (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017).

⁶¹ Véase en www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang--en/index.htm.

⁶² Declaración tripartita de la OIT, Política General 10.

⁶³ *Ibid.*, 10e).

⁶⁴ Banco Mundial, “Informe de la OIT dice que Uzbekistán avanza en las reformas laborales, eliminación gradual del trabajo infantil” 1 de febrero de 2017, disponible en www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/01/31/ilo-report-says-uzbekistan-making-progress-on-labor-reforms-organized-child-labor-phased-out.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, la declaración del entonces CEO de Nike en 1998: “el producto Nike se ha convertido en sinónimo de salarios de esclavos, horas extras forzadas y abusos arbitrarios”, disponible en <http://mallenbaker.net/article/clear-reflection/nike-and-child-labour-how-it-went-from-laggard-to-leader>.

⁶⁶ Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012) disponibles en www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards.

33. En 2012 se revisaron las Normas de Desempeño y ahora incluyen referencias a los Principios Rectores de las Naciones Unidas y a la debida diligencia en materia de derechos⁶⁷ humanos, como deja claro la guía que a ellos se refiere:

“Las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que significa evitar infringir los derechos humanos de otros y abordar los impactos adversos en los derechos humanos que las empresas pueden causar o contribuir. Cada una de las Normas de Desempeño tiene elementos relacionados con las dimensiones de derechos humanos que un proyecto puede enfrentar en el curso de sus operaciones. La debida diligencia con respecto a estas Normas de Desempeño permitirá al cliente abordar muchas cuestiones relevantes de derechos humanos en su proyecto⁶⁸.”

34. El cumplimiento de estas Normas de Desempeño se produce a través de las decisiones de la CFI sobre qué empresas pueden buscar financiamiento, así como la supervisión por parte del mecanismo del Ombudsman Asesor de Cumplimiento (CAO)⁶⁹. Este mecanismo permite a las comunidades afectadas en el terreno presentar una queja, aunque esto se limita a una queja sobre que la CFI no siguió sus propios procesos. Existe cierta evidencia de que este mecanismo puede ser efectivo, como en asuntos ambientales⁷⁰, con la posible presión consiguiente sobre la CFI para garantizar que los prestatarios emprendan la debida diligencia en materia de derechos humanos y que haya una crítica continua de su efectividad.

35. Los Principios de Ecuador también se refieren a la provisión financiera a las empresas privadas⁷¹. Son un “marco de gestión de riesgos”, adoptado por las instituciones financieras, para determinar, evaluar y gestionar el riesgo ambiental y social en los proyectos. Su objetivo principal es proporcionar un estándar mínimo para la diligencia debida y el monitoreo para apoyar la toma de decisiones de riesgo responsable⁷². Más de 100 instituciones financieras en casi 40 países los han adoptado para su uso en decisiones sobre ciertos tipos de proyectos en la financiación de activos y la inversión⁷³.

36. Los Principios fueron enmendados en 2013, y algunas de las enmiendas introdujeron condiciones ambientales y de derechos humanos para quienes buscan financiación⁷⁴.

Como se indica en el preámbulo:

“Reconocemos la importancia del cambio climático, la biodiversidad y los derechos humanos, y creemos que los impactos negativos en los ecosistemas, las comunidades y el clima afectados por el proyecto deben evitarse siempre que sea posible. Si estos impactos son inevitables, deben minimizarse, mitigarse y/o compensarse [... Por lo tanto, reconocemos que nuestro papel como financiadores nos brinda oportunidades para promover la administración ambiental responsable y el desarrollo socialmente responsable, incluido el cumplimiento de nuestra responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante la realización de la debida diligencia de acuerdo con los Principios de Ecuador”.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas se mencionan expresamente en una nota a pie de página de esta declaración. La diligencia debida en materia de derechos humanos se menciona

⁶⁷ Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012). Sobre los antecedentes, véase la presentación de las ONG al SGSR antes de los Principios Rectores de las Naciones Unidas: *Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador: ¿Respeto de los Derechos Humanos y Reparación de las Violaciones?*, disponible en www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/05/Ruggie_Submission.pdf.

⁶⁸ CFI, Nota de orientación 1, p.1, disponible en www.ifc.org/wps/wcm/connect/9fc3aaef-14c3-4489-acf1-a1c43d7f86ec/GN_English_2012_Full-Documents_updated_June-27-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQmrEJ.

⁶⁹ Oficina del Asesor/Defensor del Pueblo en materia de Cumplimiento, disponible en www.cao-ombudsman.org/.

⁷⁰ Véase “Una investigación encuentra que la inversión de la CFI en el proyecto de energía de Tata viola las normas” (21 de marzo de 2017), disponible en www.news18.com/news/business/probe-finds-ifc-investment-in-tata-power-project-breaching-norms-1362325.html.

⁷¹ Los Principios de Ecuador están disponibles en <https://equator-principles.com/about/>.

⁷² Ibid.

⁷³ Véase <https://equator-principles.com/members-reporting/>.

⁷⁴ La tercera edición de los Principios de Ecuador o EP III está disponible en <https://equator-principles.com/about/>.

en los propios Principios de Ecuador, aunque solo en relación con circunstancias de alto riesgo, en las que “puede ser apropiado que el cliente complemente su documentación de evaluación con la debida diligencia específica en materia de derechos humanos”⁷⁵. Sin embargo, la falta de un requisito explícito para que todos los prestatarios realicen evaluaciones de impacto en los derechos humanos en todas las circunstancias como parte de los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos es decepcionante y hace que este instrumento sea bastante ineficaz y, en el mejor de los casos, desigual, incluso en este sector limitado.

C) Proyecto de Tratado

37. El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución por la que se establecía un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG) sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos cuyo mandato era “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”⁷⁶. Tras varias sesiones de consulta que tuvieron lugar entre 2015 y 2018 e incluyeron tanto a los Estados como a la sociedad civil, el 6 de agosto de 2020 el OEIGWG publicó un segundo borrador de un instrumento jurídicamente vinculante (Proyecto de Tratado 2020)⁷⁷.

38. El artículo 6 se titula Prevención y trata de introducir la debida diligencia obligatoria mediante la obligación de los Estados (en virtud del párrafo 1 del artículo 6) de garantizar que cuenten con una legislación nacional que exija a todas las empresas que respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de los derechos humanos. El artículo 6.3 del proyecto de Tratado de 2021 dispone:

“A los efectos del párrafo 1 del artículo 6, los Estados Partes exigirán a las empresas que adopten la debida diligencia en materia de derechos humanos proporcionalmente a su tamaño, riesgo de graves repercusiones en los derechos humanos y a la naturaleza y el contexto de sus operaciones, como se indica a continuación:

- a) Identificar y evaluar cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus propias actividades comerciales o de sus relaciones comerciales;
- b) Adoptar las medidas adecuadas para impedir, prevenir y mitigar de manera efectiva los abusos de los derechos humanos reales o potenciales que la empresa causa o a las que contribuye mediante sus propias actividades, o a través de entidades o actividades que controla o administra, y toma las medidas razonables y apropiadas para prevenir o mitigar los abusos con los que está directamente vinculada sus relaciones comerciales;
- c) Supervisar la eficacia de sus medidas para prevenir y mitigar los abusos de los derechos humanos, incluso en sus relaciones comerciales;
- d) Comunicarse regularmente y de manera accesible a las partes interesadas, en particular a las personas afectadas o potencialmente afectadas, para dar cuenta de cómo abordan a través de sus políticas y medidas cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus actividades, incluso en sus relaciones comerciales.

⁷⁵ Véase Principios de Ecuador, Evaluación ambiental y social: el proceso de evaluación para proyectos de categoría A y categoría B.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras Empresas comerciales con respecto a los derechos humanos”, A/HRC Res. 26/9 (26 de junio de 2014).

⁷⁷ OEIGWG, “Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, 16 de julio de 2019 (‘Proyecto revisado’), disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

En el párrafo 4 del artículo 6 se establece:

“Los Estados Partes se asegurarán de que las medidas de diligencia debida en materia de derechos humanos adoptadas por las empresas comerciales incluyan:

- a. Realizar y publicar evaluaciones periódicas de los impactos en los derechos humanos, derechos laborales, medioambientales y cambio climático en todas sus operaciones;
- b. Integrar una perspectiva de género, en consulta con las mujeres y las organizaciones de mujeres potencialmente afectadas, en todas las etapas de los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar y abordar los riesgos e impactos diferenciados que experimentan las mujeres y las niñas;
- c. Realizar consultas significativas con personas o comunidades cuyos derechos humanos pueden verse afectados potencialmente por las actividades empresariales, y con otras partes interesadas pertinentes, incluyendo a los sindicatos, prestando especial atención a quienes enfrentan mayores riesgos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes, los refugiados, los desplazados internos y las poblaciones protegidas bajo ocupación o zonas de conflicto;
- d. Velar por que las consultas con los pueblos indígenas se lleven a cabo de conformidad con las normas internacionalmente convenidas de consentimiento libre, previo e informado;
- e. Informar pública y periódicamente sobre asuntos no financieros, incluida la información sobre las estructuras de los grupos y los proveedores, así como sobre políticas, riesgos, resultados e indicadores relativos a los derechos humanos, los derechos laborales y las normas medioambientales y sobre cambio climático en todas sus operaciones, incluidas sus relaciones comerciales;
- f. Integrar los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos en los contratos relativos a sus relaciones comerciales y prever la creación de capacidad o las contribuciones financieras, según proceda;
- g. Adoptar y aplicar medidas reforzadas de diligencia debida en materia de derechos humanos para prevenir las violaciones de los derechos humanos en las zonas ocupadas o afectadas por conflictos, incluidas las situaciones de ocupación⁷⁸.

Estas disposiciones incluyen esencialmente gran parte de la definición de diligencia debida en materia de derechos humanos de los Principios Rectores, incluido el uso de la mayor parte de la terminología pertinente. Además, se hace referencia específica a una mayor diligencia debida en materia de derechos humanos en las zonas de conflicto (párrafo 34 del artículo 6. g). También se reconoce (en el párrafo 5 del artículo 6) la necesidad de que los Estados ofrezcan incentivos a las pequeñas y medianas empresas y protejan contra intereses comerciales creados (artículo 6, párrafo 5 y 8).

39. El proyecto de Tratado de 2020 corrigió algunos aspectos que no estaban claros en borradores anteriores. Esta corrección se mantiene en el proyecto de 2021. Por ejemplo, establece un vínculo con la responsabilidad y el acceso a los recursos en el sentido de que existe una obligación directa de los Estados (en el párrafo 6 del artículo 6) de velar por que existan procedimientos nacionales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 6, y el párrafo 7 del artículo 6 dispone: “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo 6 dará lugar a sanciones proporcionales, incluidas, en su caso, medidas correctoras, sin perjuicio de las disposiciones sobre responsabilidad penal, civil y administrativa previstas en el artículo 8⁷⁹”.

40. También se hace referencia a las preocupaciones específicas planteadas por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas de que el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos tenga en cuenta los riesgos específicos para las mujeres y las personas vulnerables y marginadas, incluso en las evaluaciones de impacto de los derechos humanos, en el artículo 6, párrafo 4 b y c⁸⁰.

⁷⁸ Véase en <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7> (la traducción es nuestra).

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Informe sobre las dimensiones de

41. Existen algunas pequeñas incoherencias en la comprensión del debido impacto de los derechos humanos, tal como se establece en el Marco de Las Naciones Unidas y se elabora posteriormente, que podrían mejorarse. Cierta sector de la doctrina considera que sería beneficioso prever una defensa para las empresas comerciales de la debida diligencia razonable y apropiada en materia de derechos humanos en determinadas circunstancias para garantizar que los Estados y las empresas comerciales tengan un incentivo para apoyar el tratado⁸¹. El proyecto de Tratado de 2021 insinúa la formulación de una defensa en el artículo 8, párrafo 7:

“La diligencia debida en materia de derechos humanos no eximirá automáticamente a una persona física o jurídica que realice actividades empresariales de la responsabilidad por causar o contribuir a violaciones de los derechos humanos o por no prevenir tales abusos por parte de una persona física o jurídica, tal como se establece en el artículo 8.6. El tribunal u otra autoridad competente decidirá la responsabilidad de dichas entidades después de un examen del cumplimiento de las normas aplicables sobre diligencia debida en materia de derechos humanos”.⁸²

Este párrafo no está redactado con total claridad, por lo que la cuestión sigue abierta.

42. Sin embargo, la percepción es que el texto del Proyecto de Tratado de 2021 está bastante cerca de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en su enfoque de la debida diligencia en materia de derechos humanos como un aspecto central de la responsabilidad de las empresas por los impactos en los derechos humanos. Sin embargo, está dirigido únicamente a los Estados y establece las obligaciones de los Estados en un marco jurídicamente vinculante en virtud de un tratado internacional. No prevé ninguna responsabilidad directa para las empresas.

2- Instrumentos de la Unión Europea

43. La única organización regional que cuenta con legislación específica sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos es la Unión Europea⁸³. Ha aprobado una serie de Directivas y Reglamentos que exigen que sus actuales 26 Estados miembros transpongan la legislación nacional en un plazo determinado. Si bien hay algunas Directivas de la UE que son importantes en términos de empresas y derechos humanos, como la Directiva de información no financiera de 2014⁸⁴, este apartado solo se ocupa de la legislación de la UE que se refiere específicamente a la debida diligencia en materia

género de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Booklet-GenderDimensionsGuidingPrinciples.pdf (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2021). Sobre el proyecto de tratado, véase M. MARULLO, C., BRIGHT, F. J. ZAMORA CABOT, “El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del objetivo de desarrollo sostenible N.º16”, en *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*, C. FERNÁNDEZ LIESA y E. LÓPEZ JACOISTE DÍAZ (dirs), Aranzadi, 2021.

⁸¹ Véase R. R. McCORQUODALE and L. SMIT, “Human Rights, Responsibilities and Due Diligence: Key Issues for a Treaty” en S. DEVA y D. BILCHITZ (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 216-237.

⁸² Véase en <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7> (la traducción es nuestra).

⁸³ Sobre el régimen o marco jurídico emergente en la UE, véase C. MÁRQUEZ CARRASCO & K. BUHMANN, “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: The Emerging European Union Regime” *Human Rights & International Legal Discourse*, 2016, 10(1), pp. 2-17. Para la evolución de la responsabilidad social de las empresas en la UE, véase C. MÁRQUEZ CARRASCO, *La Unión Europea y los actores no estatales*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, especialmente pp. 27-95.

Ha habido algunas acciones iniciales dentro del sistema interamericano de derechos humanos, véase el informe del Relator Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf (consultado por última vez el 3 de septiembre de 2021). Véase N. CARRILLO SANTARELLI, “Crossing the Rubicon: Major Developments on the Human Rights Obligations of Corporations”, *Just Security* 12 de marzo de 2020, disponible en www.justsecurity.org/69064/crossing-the-rubicon-major-developments-on-the-human-rights-obligations-of-corporations/.

⁸⁴ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por determinadas grandes empresas. *DO L 330 de 15.11.2014*, pp.1-9 (Directiva de la UE sobre información no financiera).

de derechos humanos. Son dos los instrumentos que son particularmente relevantes: el Reglamento de la UE sobre la Madera de 2010⁸⁵ y el Reglamento sobre minerales de conflicto de la UE de 2014⁸⁶.

A) El Reglamento sobre la madera

44. Aunque el Reglamento sobre la madera es anterior a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, no entró en vigor hasta marzo de 2013. Exige a los operadores que comercializan madera y productos de la madera en el mercado de la UE que desarrollen o utilicen un sistema de diligencia debida para evaluar el riesgo de que la madera haya sido talada o comercializada ilegalmente. Esto implica recopilar información sobre la madera que desean importar, evaluar la probabilidad de que sea legal y tomar medidas para mitigar el riesgo de importar madera ilegal. El incumplimiento de la diligencia debida adecuada es un delito, incluso si no se demuestra que la madera es ilegal. Un informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de este Reglamento ha señalado que era “el primer instrumento jurídico a nivel de la Unión Europea que incluye la diligencia debida obligatoria, un principio clave para la responsabilidad sostenible de las empresas en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos”⁸⁷.

B) El Reglamento sobre minerales de conflicto

45. El Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, sobre minerales de conflicto, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2021. Exige a los importadores de la UE de estaño, tantalio, tungsteno y oro que sigan un marco de cinco pasos para: establecer sistemas de gestión empresarial sólidos; identificar y evaluar el riesgo en la cadena de suministro; diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados; llevar a cabo una auditoría independiente de terceros de la diligencia debida de la cadena de suministro; e informar anualmente sobre la diligencia debida de la cadena de suministro. Estos requisitos son similares a los de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, aunque utilizando una terminología diferente. Al igual que con el Reglamento sobre la madera, su aplicación está en manos de los sistemas jurídicos nacionales, y ha sido criticado por incorporar un mecanismo demasiado débil⁸⁸.

46. La sociedad civil⁸⁹, e incluso algunas grandes corporaciones multinacionales, han reclamado ⁹⁰ una legislación europea sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente en todos los sectores y en todos los productos básicos dentro de la UE. El Parlamento

⁸⁵ Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera. Texto pertinente a efectos del EEE, *DO L 295 de 12.11.2010*, pp. 23–34 (Reglamento sobre la madera).

⁸⁶ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo. *DO L 130 de 19.5.2017*, pp.1–20 (Reglamento sobre minerales de conflicto).

⁸⁷ Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera (Reglamento de la UE sobre la madera) Informe bienal correspondiente al periodo de marzo de 2015–Febrero 2017, *COM/2018/668 final* en el párrafo 2, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:668:FIN>.

⁸⁸ Para un análisis exhaustivo del Reglamento sobre minerales de conflicto, véase P. DIAGO DIAGO, “Minerales y diamantes de conflicto: mecanismos de control y diligencia debida en tiempos de ODS”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 63/2020, pp. 153-182.

⁸⁹ Coalición Europea por la Justicia Corporativa (ECCJ), “Civil Society Calls for Human Rights and Environmental Due Diligence Legislation”, 3 de octubre de 2019, disponible en <http://corporatejustice.org/news/16785-civil-society-calls-for-human-rights-and-environmental-due-diligence-legislation>.

⁹⁰ Véase en www.fern.org/news-resources/chocolate-companies-and-meps-call-for-eu-due-diligence-regulation-954/.

Europeo también lo ha recomendado ⁹¹ y algunos gobiernos de los Estados miembros de la UE han manifestado su apoyo a la Directiva de la UE⁹² que actualmente se encuentra en proceso de ser adoptada dentro del próximo año.

3. Instrumentos nacionales

47. En la actualidad sólo hay tres leyes nacionales que prevén específicamente la DDDH en general. Estos son la Ley francesa de deber de vigilancia de 2017, la Ley de diligencia debida sobre el trabajo infantil de los Países Bajos de 2019, y la Ley alemana sobre debida diligencia en las cadenas de suministro, adoptada en 2022. Además, existe una legislación sub-nacional (la Ley de Transparencia en las cadenas de suministro de California de 2010) y una serie de leyes nacionales en las que la debida diligencia en materia de derechos humanos desempeña un papel más limitado. En Suiza fue propuesta la Iniciativa de Negocios Responsables, que se sometió a votación popular el 29 de noviembre de 2020, aunque no fue aprobada⁹³. En otros países europeos se han propuesto iniciativas legislativas similares a la de Francia⁹⁴. En España, por su parte, las organizaciones de la sociedad ha trabajado en la propuesta de una ley de diligencia debida obligatoria, que ha sido bien recibida por el actual Gobierno de coalición, y está actualmente en curso la elaboración de una propuesta de ley.

48. Se excluyen de la consideración en este apartado aquellos instrumentos legislativos que pueden estar dentro del ámbito de empresas y los derechos humanos y requieren la presentación de informes por parte de las empresas (*reporting*), pero que no prevén expresamente la debida diligencia en materia de derechos humanos, como la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido de 2015, la Ley de Esclavitud Moderna de Australia de 2018, y la Ley sobre Transparencia Empresarial y Trabajo Decente de Noruega, de 2021.

A) Ley francesa del deber de vigilancia de 2017

49. La Ley francesa del deber de vigilancia de 2017 (Ley de vigilancia francesa)⁹⁵ es el único ejemplo legislativo hasta la fecha que impone un requisito general obligatorio de diligencia debida para los derechos humanos y los impactos ambientales. Las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Vigilancia deben establecer un plan de vigilancia que establezca:

“medidas de vigilancia razonables adecuadas para identificar riesgos y prevenir graves repercusiones en los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la salud y la seguridad de las personas y en el medio ambiente, resultantes de las actividades de la empresa y de las empresas que controla en el

⁹¹ Véase Grupo de Trabajo de Conducta Empresarial Responsable, Plan de acción paralelo de la UE sobre la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en la UE, marzo de 2019, disponible en <https://responsibilitybusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>; y Parlamento Europeo, 20 de enero de 2020, disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0007_EN.pdf.

⁹² Declaración de la Presidencia finlandesa, 2 de diciembre de 2019, disponible en www.business-humanrights.org/en/finnish-eu-council-presidency-puts-forward-action-agenda-on-bhr-acknowledging-need-for-eu-due-diligence-regulation.

⁹³ Coalición Suiza por la Justicia Corporativa (SCCJ), «El texto de la iniciativa con explicaciones», disponible en https://corporatejustice.ch/wp-content/uploads/2018/06/KVI_Factsheet_5_E.pdf. En cuanto a la votación cerrada, véase www.swissinfo.ch/eng/business/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500 (consultado por última vez el 1 de diciembre de 2020). Véase N. BUENO y C. BRIGHT, “Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 789.

⁹⁴ Para más información sobre el proceso y el contenido de las iniciativas propuesta en diversos Estados, véase ECCJ, «Mapping mHRDD progress in Europe: map and comparative analysis of mHRDD laws and legislative proposals», 2020, <https://corporatejustice.org/eccj-publications/16807-mapping-mhrdd-legislative-progress-in-europe-map-and-comparative-analysis-of-mhrdd-laws-and-legislative-proposals> [consultado: 26/12/2020].

⁹⁵ *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

sentido del artículo II del artículo L. 233-16, directa o indirectamente, así como las actividades de subcontratistas o proveedores con los que exista una relación comercial establecida, cuando estas actividades estén vinculadas con esta relación⁹⁶.

Para cumplir con su deber legal, las empresas deben implementar un “plan de vigilancia” que debe incluir medidas razonables para identificar riesgos y prevenir violaciones graves de los derechos humanos y el medio ambiente.

Obsérvese que la terminología se refiere a las “medidas razonables de vigilancia” (*mesures de vigilanace raisonnaable*), en lugar de la terminología de “diligencia debida en materia de derechos humanos” de los Principios Rectores. Si bien las obligaciones de vigilancia en virtud de la Ley comparten similitudes con el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos de los Principios Rectores, cuya influencia se reconoce, se ha afirmado que no se consideran idénticas⁹⁷.

50. Las empresas cubiertas por su ámbito de aplicación son solo aquellas empresas francesas que tienen al menos 5.000 empleados en Francia o 10.000 empleados en todo el mundo. La Ley también incluye dentro de su ámbito el grupo de empresas y las actividades de “las empresas que controla en el sentido del artículo II del artículo L. 233-16, directa o indirectamente, así como las actividades de subcontratistas o proveedores con los que existe una relación comercial establecida, cuando estas actividades están vinculadas con esta relación”,⁹⁸ así como las filiales registradas en Francia de empresas extranjeras. Esta legislación utiliza una triple definición del concepto de “control”: jurídico, de facto o contractual, vinculado a los informes de gestión consolidados y de grupo⁹⁹. Además, la Ley de Vigilancia francesa no se refiere directamente a los subcontratistas y proveedores dentro de la cadena de suministro, sino que se basa en las relaciones comerciales establecidas como factor clave¹⁰⁰. La Ley de Vigilancia francesa no tiene un órgano de control específico, pero sí prevé la responsabilidad civil en virtud de la legislación sobre responsabilidad extracontractual cuando la empresa incumple sus propias obligaciones de vigilancia¹⁰¹.

51. Dado que esta legislación sólo ha estado en vigor durante un corto período de tiempo, todavía no hay decisiones judiciales que clarifiquen adecuadamente los términos de aplicación de esta ley. Se han formulado críticas a la falta de respuesta empresarial o monitoreo efectivo¹⁰². Sin embargo, se han iniciado algunas acciones legales en los tribunales franceses¹⁰³. En relación con estas acciones, se ha señalado:

“Todas las empresas objetivo habían publicado un plan de vigilancia en 2019, pero estos planes eran diferentes en su extensión y exhaustividad. En todos los casos, estos planes fueron considerados insatisfactorios por las partes solicitantes. Sus alegatos se centran en los impactos generados por las actividades de las empresas (Total, cambio climático; XPO), y/o la de sus filiales en el extranjero (Teleperformance; FED; y Total, Uganda) y la de subcontratistas con una supuesta relación comercial establecida (para parte de las actividades objeto de escrutinio para Total, Uganda)”¹⁰⁴.

⁹⁶ Ley de Vigilancia; Código de Comercio, artículo L. 225-102-4.-I.

⁹⁷ Véase S. BRANANT, E. SAVOUREY y C. MICHON, “The Vigilance Plan: Cornerstone of the Corporate Duty of Vigilance Law”, *International Review of Compliance and Business Ethics*, 2017, pp. 4 ss.

⁹⁸ Código de Comercio, artículo L. 225-102-4.-I introducido por la Ley de Vigilancia.

⁹⁹ *Ibid.*, artículo L. 233-16.-II.

¹⁰⁰ Véase Sherpa “Guía de referencia de los planes de vigilancia”, Febrero 2019, pp. 32–33.

¹⁰¹ Código de Comercio, art. 225-102-5, introducido por la Ley de Vigilancia.

¹⁰² Sobre estas dudas, véase www.equaltimes.org/duy-diligence-has-france-really?lang=en#.XmqB2m52t9A (consultado por última vez el 5 de septiembre de 2021).

¹⁰³ Por ejemplo, “Total sued under France’s New Duty of Vigilance Law» (23 de octubre de 2019), disponible en <http://en-newswire.com/2019/10/23/total-sued-under-frances-new-duty-of-vigilance-law/>; Sherpa, “Sherpa y UNI Global Union Send Formal Notice to Teleperformance Calling en el World Leader in Call Centers to Strengthen Workers’ Rights”, 24 de julio de 2019, disponible en www.asso-sherpa.org/sherpa-and-uni-global-union-send-formal-notice-to-teleperformance-calling-on-the-world-leader-in-call-centers-to-strengthen-workers-rights-2; ITF, “Transport” 1 de octubre de 2019, disponible en www.itfglobal.org/en/news/transport-giant-served-notice-under-duty-vigilance-law-in-landmark-legal-move.

¹⁰⁴ S. BRANANT y E. SAVOUREY, “All Eyes on France”, disponible en https://www.cambridge.org/core/blog/2020/01/24/all-eyes-on-france-french-vigilance-law-first-enforcement-cases-1-2-current-cases-and-trends/#_edn13.

52. Este análisis indica que la Ley de Vigilancia francesa podría tener el efecto de obligar a las empresas a garantizar que su plan de vigilancia sea preciso, que refleje lo que se hace sobre el terreno y no solo en la política, y se actúe en consecuencia. Esta ley también es importante en el sentido de que considera expresamente los daños ambientales como parte del plan de acción sobre los impactos en los derechos humanos que deben emprender las empresas. Además, si bien persisten dudas acerca de las fortalezas de este instrumento, ciertamente ha tenido un efecto global en su enfoque y sin duda ha proporcionado un impulso al demostrar que este tipo de legislación es posible.

B) La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos de 2019

53. La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos (Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos) se aprobó en mayo de 2019¹⁰⁵. Su objetivo es prevenir el uso del trabajo infantil en la producción de bienes y servicios que se suministran a los usuarios finales holandeses, como parte de un enfoque de protección del consumidor por parte del gobierno holandés. La terminología es expresamente la de “diligencia debida” (*gepaste zorgvuldigheid*). De conformidad con la Ley: “[I]a empresa que [...] investiga si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios que deben suministrarse se han producido utilizando trabajo infantil, y que elabora y lleva a cabo un plan de acción en caso de que exista tal presunción razonable, lleva a cabo la diligencia debida”¹⁰⁶.

54. El requisito de diligencia debida no tiene mayor definición en la Ley, aunque se menciona que los requisitos más detallados con respecto tanto a la investigación como al plan de acción se establecerán mediante una Orden Administrativa General, teniendo en cuenta la Herramienta de Orientación para las Empresas sobre el Trabajo Infantil de la OIT¹⁰⁷.

55. La Ley holandesa de diligencia debida se aplica a todas las empresas, estén o no domiciliadas en los Países Bajos y se encuentren o no en la lista, que suministren bienes o servicios a usuarios finales holandeses, siendo éstos “las personas físicas o jurídicas que utilizan los bienes o hacen uso de los servicios”¹⁰⁸. También se incluyen las empresas extranjeras que tienen una sucursal o que estructuralmente realizan negocios en los Países Bajos¹⁰⁹, aunque la Ley excluye a las empresas que solo transportan mercancías. Por lo tanto, existe la obligación de que las empresas domiciliadas en el territorio holandés informen sobre las actividades que ellas o aquellas con las que mantienen una relación comercial hayan realizado fuera del territorio neerlandés. Esta legislación amplía esta situación a las empresas registradas fuera de los Países Bajos y que suministran bienes o servicios a los usuarios finales holandeses,¹¹⁰ incluso si los Países Bajos no son su principal centro de actividad o administración central.

56. Además, el alcance de las obligaciones impuestas a estas empresas en virtud de la Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos no se limita a ciertos niveles de la cadena de suministro. Más bien, como se espera que las empresas involucradas investiguen si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios que se suministrarán se han producido utilizando trabajo infantil, significa que tendrían que revisar toda su cadena de suministro. Dado que los proveedores pueden presentar una declaración con respecto a esos bienes o servicios a lo largo de las eslabones de la cadena, esto debería tener el efecto de trasladar estas obligaciones a lo largo de la cadena de suministro.

¹⁰⁵ Países Bajos Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, A.

¹⁰⁶ Ley de diligencia debida de los Países Bajos, artículo 5, apartado 1.

¹⁰⁷ Ibid., artículo 5, apartado 2.

¹⁰⁸ Ibid., preámbulo.

¹⁰⁹ Artículo 5 de la Ley del Registro Mercantil de los Países Bajos.

¹¹⁰ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L 351 de 20.12.2012*, pp.1–32.

57. La Ley de diligencia debida de los Países Bajos permite a cualquier persona física o jurídica (como un consumidor o competidor) cuyos intereses se hayan visto afectados por las (in)acciones de una empresa en el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley presentar una queja ante el supervisor público (que aún no ha sido designado)¹¹¹. Hay multas que se pueden imponer a la empresa y hay una disposición de responsabilidad penal personal para el “oficial de cumplimiento”¹¹². Sin embargo, dado que la Ley se centra en la protección de los consumidores holandeses y no en las víctimas del trabajo infantil, no contiene disposiciones relativas al acceso a los recursos para las víctimas reales del trabajo infantil, por lo que cualquier recurso a este respecto dependería de la legislación general holandesa en materia de responsabilidad extracontractual. No obstante, los demandantes en virtud de la legislación nacional en materia de responsabilidad extracontractual podrán seguir invocando indirectamente la Ley si la violación de la Ley por parte de la empresa pudiera interpretarse como un indicio de un acto contrario a un deber de diligencia con la sociedad.

58. Dado que esta ley se aprobó recientemente y aún no se ha nombrado ninguna autoridad de control, es difícil valorar su eficacia¹¹³. Sin embargo, muestra un enfoque diferente al de la Ley de Vigilancia francesa, ya que se centra en la protección del consumidor y no en la transparencia. Sin embargo, ambos requieren algún tipo de plan público por parte de la empresa, basado en que ha emprendido una forma de debida diligencia en materia de derechos humanos. La Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos probablemente encajará bien con el creciente número de casos ante los tribunales holandeses por responsabilidad del Estado y de la empresa matriz por abusos de los derechos humanos y daños ambientales¹¹⁴.

C) Ley sobre debida diligencia corporativa en las cadenas de suministros de Alemania de 2021

59. La Ley alemana¹¹⁵ *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, fue adoptada en el año 2021 como parte de los compromisos del Gobierno alemán para la implementación del Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos de 2016. La “Ley de Debida Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro”, que entrará en vigor en 2023, exige que las empresas con más de 3000 empleados en Alemania (y al menos 1000 empleados, a partir de 2024) cumplan con las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en sus operaciones.

60. Estas empresas deben identificar los riesgos de violaciones de los derechos humanos y destrucción del medio ambiente en los proveedores directos y, si obtienen “conocimiento comprobado” de un posible abuso, también en los proveedores indirectos. El ámbito material de la Ley establece la debida diligencia de las empresas sobre la base de las obligaciones de evaluar los riesgos; adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo en sus cadenas de suministros y corregirlos cuando se produzcan; y, por último, revelar la información relativa al cumplimiento de las obligaciones mediante la declaración sobre su estrategia de derechos humanos y la publicación de un informe anual. Ahora bien, la ley alemana distingue entre las medidas que debe adoptar respecto de su esfera de actividad propia y de sus proveedores directos o indirectos.

¹¹¹ Artículo 1 d) de la Ley de diligencia debida de los Países Bajos.

¹¹² Ibid., artículo 9.

¹¹³ Véase el análisis de la legislación neerlandesa en esta área de manera más general en C. VAN DAMN Y M. SCHELTEMA, *Options for enforceable IRBC instruments*, disponible en www.business-humanrights.org/en/latest-news/report-on-options-for-enforceable-responsible-business-conduct-instruments-including-mandatory-due-diligence/ (investigación encargada por el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y enviada al Parlamento neerlandés).

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de los Países Bajos, 11 de septiembre de 2009, JOR 2009, 309 (*Comsys*), y el Caso *Urgenda* www.urgenda.nl/en/themes/climate-case.

¹¹⁵ Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, BGBl I 2021, 2959. Official English translation at <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf> <https://www.bmas.bund.de/XXX>.

61. Las empresas deben poner en marcha un procedimiento interno de quejas para que los afectados -también a través de los sindicatos u organizaciones de la sociedad civil con capacidad para demandar-notifiquen los riesgos o las violaciones de derechos humanos o del medio ambiente. El comité económico de cada empresa podrá por tanto abordar la debida diligencia empresarial en las cadenas de suministro, lo que ubicará este tema en el ámbito de los comités de empresa y proporcionará a los sindicatos un papel importante que desempeñar en relación con el respeto de los derechos humanos en todo el mundo.

62. Las empresas, por tanto, deben tomar medidas y documentarlas ante la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de Exportaciones (BAFA). Las partes afectadas pueden exigir que la BAFA tome medidas. Este es el órgano de control sobre el cumplimiento de estas obligaciones y tiene como funciones recibir y revisar los informes de las empresas y actuará de oficio para dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones, realizando requerimientos de información o inspecciones cuando sea necesario. Ante el incumplimiento de las obligaciones de debida diligencia, prevé la aplicación de sanciones por parte de este órgano que incluyen desde multas hasta la prohibición de contratar con el sector público. Un importante vacío de la ley es la ausencia de regulación de la responsabilidad civil por los daños producidos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.

D) Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010

63. La Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010 fue aprobada antes de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Requiere que ciertas empresas informen sobre sus acciones específicas para erradicar la esclavitud y la trata de personas en sus cadenas de suministro. El propósito declarado de la Ley es “educar a los consumidores sobre cómo comprar bienes producidos por empresas que administran responsablemente sus cadenas de suministro y, por lo tanto, mejorar las vidas de las víctimas de la esclavitud y de la trata de personas”.

64. La Ley de California no se refiere directamente a la debida diligencia en materia de derechos humanos, pero se incluye en este capítulo, ya que la jurisprudencia en virtud de ella ha planteado esta cuestión. En estos casos, se alegó que el hecho de que las empresas no revelaran posibles abusos en la cadena de suministro supuestamente podía engañar a un consumidor razonable, y que los hechos verdaderos supuestamente serían importantes para un consumidor razonable. El primero de estos casos fue *Barber v Nestlé*¹¹⁶, en el que el demandante alegó que Nestlé había violado la ley por no revelar que algunos ingredientes de sus productos alimenticios para gatos podrían haberse obtenido mediante trabajo forzoso¹¹⁷. El tribunal californiano desestimó la demanda sobre la base de que la Ley había establecido qué informaciones estaban obligadas a divulgar las empresas a los clientes sobre el posible trabajo forzoso en sus cadenas de suministro, y como tal, las empresas solo estaban obligadas a divulgar información en la medida prevista en esa Ley y no más. En consecuencia, el Tribunal de California sostuvo que la Ley había creado un *safe harbour* (“puerto seguro”) por el cual una empresa estaría protegida de la responsabilidad civil cuando cumpliera de manera veraz y precisa con los requisitos de la Ley¹¹⁸. Por lo tanto, se crea un tipo de defensa procesal de la debida diligencia razonable en materia de derechos humanos en virtud de la Ley.

E) Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de Australia de 2012

65. En Australia, la Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de 2012 prohíbe la importación de artículos hechos de madera talada ilegalmente e impone requisitos de diligencia debida para ciertas clases

¹¹⁶ *Barber v. Nestlé USA Inc* No. 8:2015cv01364 (C.D. Cal. 14 de diciembre de 2015).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 775. Todas las partes aceptaron que los mariscos utilizados para fabricar el producto de Nestlé Fancy Feast son capturados en las aguas entre Tailandia e Indonesia, pero el grado de dependencia de estas capturas del trabajo forzoso no estaba claro.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.787.

de productos de madera regulados¹¹⁹. Obliga a los importadores y procesadores de madera a iniciar procesos de verificación y certificación para garantizar que la madera importada no haya sido talada ilegalmente¹²⁰. El proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos se establece como un proceso de cuatro etapas: el primer paso es la recopilación de información, ya que el importador debe obtener la mayor cantidad de la información prescrita que sea razonablemente factible; el segundo paso es un proceso de opción que implica la evaluación e identificación del riesgo en relación con el marco de legalidad prescrito para la madera (que figura en la sección 11) o una directriz específica de cada país (una vez prescrito); el tercer paso es la evaluación de riesgos; y el cuarto paso es la mitigación del riesgo, que debe ser adecuada y proporcionada al riesgo identificado¹²¹.

66. Si un importador o procesador importa o procesa intencionalmente, madera talada ilegalmente, a sabiendas o imprudentemente, se enfrenta a sanciones significativas, que incluyen hasta cinco años de prisión y/o fuertes multas. Esta legislación se dirige a la empresa en el eslabón final de la cadena de suministro (y utiliza la responsabilidad civil y penal) como un medio para disuadir las actividades ilegales al final de la cadena. Es un modelo potencialmente útil para superar los desafíos regulatorios en un sector distinto que puede surgir en los Estados de acogida, incluida la falta de voluntad o la incapacidad de hacer cumplir sus propias leyes laborales, de derechos humanos y ambientales¹²².

IV. La futura Directiva europea sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad

67. Las diferencias entre los instrumentos legislativos actuales, al menos en Europa, han llevado a la Comisión Europea (CE) a decidir introducir una norma de la UE en este ámbito¹²³. Esta decisión ha surgido de la presión proveniente de la sociedad civil, las víctimas, los inversores e incluso las propias empresas. Por ejemplo, un extenso estudio sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos incluyó una encuesta realizada a más de 300 empresas que mostró que una gran mayoría (75,37%) de las empresas encuestadas indicaron que cualquier reglamento de la UE beneficiaría a las empresas al proporcionar una “norma única y armonizada a nivel de la UE (en lugar de un mosaico de diferentes medidas a nivel nacional e industrial)”. Curiosamente, ese estudio también mostró que la mayoría de las empresas consideraban que la nueva regulación mejoraría o facilitaría la influencia respecto a terceros al introducir un estándar no negociable, sin reducir la competitividad o la innovación.

68. La intención de la Comisión Europea de adoptar un nuevo instrumento legislativo en la materia no se centra en un sector específico, sino se trata más bien de una norma de carácter general de Derecho derivado de la UE que tiene el objetivo de establecer un estándar mínimo de diligencia debida aplicable a las empresas europeas en materia de derechos humanos.

¹¹⁹ Véase Second reading Speech, Illegal Logging and Prohibition Act 2012, Commonwealth, Parliamentary Debates, House of Representatives, 23 de noviembre de 2011, 13 570-1.

¹²⁰ El Reglamento de Enmienda de la Prohibición de la Tala Ilegal de 2013 exige que los importadores y transformadores lleven a cabo la diligencia debida a partir del 30 de noviembre de 2014. Hay un período de dieciocho meses de transición durante el cual el gobierno australiano buscará ayudar y educar a las empresas sobre los requisitos de diligencia debida.

¹²¹ Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de 2012, sección 7.

¹²² Véase J. NOLAN “Human Rights and Global Corporate Supply Chains” en S. DEVA & D. BILTCHIZ (Eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, pp. 238-265.

¹²³ Grupo de Trabajo del Parlamento Europeo sobre Conducta Empresarial Responsable, “Discurso del Comisario Reynders en el seminario web de RBC sobre diligencia debida”, 30 de abril de 2020, disponible en <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

1. La propuesta del Parlamento Europeo sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial

69. Tras presentar diversas variantes en junio de 2020¹²⁴, en septiembre de 2020 el Parlamento Europeo adoptó un informe para la Comisión Europea con recomendaciones que incluyen una propuesta de Directiva sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial¹²⁵.

70. La propuesta del Parlamento Europeo establecía el objetivo general que los Estados miembros aseguren que las empresas que operan en el mercado interior cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza y no causen ni contribuyan a causar impactos negativos sobre las personas y el medio ambiente¹²⁶. La propuesta estaba diseñada para aplicarse a todas las empresas regidas por la legislación de un Estado miembro o establecidas en el territorio de la Unión, así como a las empresas que se rijan por la legislación de un tercer Estado y no estén establecidas en el territorio de la Unión, pero que operan en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios¹²⁷. De manera similar a los Principios Rectores, el Parlamento Europeo proponía que este acto legislativo cubra todos los derechos humanos y laborales reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. No obstante, a su vez, extiende el ámbito de aplicación material para extenderse a derechos reconocidos en el Convenio sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las constituciones y leyes que reconocen o implementan los derechos humanos¹²⁸.

71. En relación con las obligaciones de diligencia debida previstas en la propuesta del Parlamento Europeo, los Estados miembros, a través de normas, debían asegurar en la transposición de la Directiva que las empresas pongan en marcha procesos de diligencia debida para identificar y evaluar posibles impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Si una empresa llega a la conclusión de que no genera riesgos ni contribuye a ellos, publicaría una declaración en ese sentido, incluida su evaluación de riesgos, que se revisará en el supuesto de que surjan nuevos riesgos o en el caso de que la empresa inicie nuevas relaciones comerciales que pueden generar riesgos¹²⁹. Asimismo, la propuesta del PE contempla que los Estados miembros deben comunicar públicamente sus esfuerzos de control, establecer los mecanismos necesarios para hacer cumplir los requisitos de debida diligencia y sancionar las infracciones, así como la creación de órganos de control nacionales independientes¹³⁰.

2. La propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

72. De la propuesta del Parlamento Europeo se ha pasado a un proyecto de Directiva de la Comisión Europea sobre *diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, que fue adoptada el 23 de febrero de 2022¹³¹ en el marco del procedimiento legislativo ordinario, incluyendo modificaciones

¹²⁴ Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU, junio de 2020 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf).

¹²⁵ Draft Report of the Committee on Legal Affairs (2020/2129(INL)) of 11 September 2020 with Recommendations to the Commission on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf.

¹²⁶ Ibid., véase artículo 1 de la propuesta del Parlamento Europeo.

¹²⁷ Ibid., véase artículo 2 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹²⁸ Ibid., véase artículo 3 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹²⁹ Ibid., véase artículo 4 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹³⁰ Ibid., véase artículos 5-15 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹³¹ Véase el anuncio de prensa de la Comisión en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145; para el texto de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23.2.2022 COM(2022) 71 final en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

importantes respecto de la anterior. La propuesta de Directiva de la CE establece las obligaciones de las empresas de llevar a cabo la diligencia debida en relación con los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, las de sus filiales y las relaciones comerciales establecidas en sus cadenas de valor¹³². Se basa en gran medida en los estándares internacionales existentes, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

73. La propuesta de Directiva obedece a la voluntad de establecer un marco jurídico obligatorio y horizontal que fomente la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, identificando, previniendo, mitigando y dando cuenta de sus efectos adversos¹³³. Una Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas representaría un importante paso adelante a nivel mundial, dado su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, ya sea directamente o a través de las relaciones comerciales y las cadenas de valor, así como por la previsión de diversos mecanismos de supervisión, aplicación y remedición.

A) Objetivos

74. Entre sus objetivos la propuesta de Directiva incluye: 1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo; 2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas; (3) aumentar la responsabilidad corporativa por los impactos adversos y garantizar la coherencia de las empresas con respecto a las obligaciones; (4) mejorar el acceso a la reparación para aquellos afectados por impactos adversos en los derechos humanos y ambientales de las empresas; 5) complementar otras medidas en vigor o propuestas en la UE a través de un marco horizontal global.

75. Este proyecto de Directiva debe ser considerado en conjunción con otras normas de Derecho derivado vigentes como la aplicación de la Directiva 2013/34 de información no financiera¹³⁴, ya transpuesta a los ordenamientos de los países miembros, que obliga a presentar informes sobre el impacto de las actividades de las empresas en materia de políticas, medidas, impactos y riesgos sociales, ambientales y de derechos humanos, y que incorporará obligatoriamente que las empresas ejerzan la debida diligencia sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, sus filiales y en la cadena de valor. Asimismo la futura Directiva complementará la propuesta de la Comisión de una Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa¹³⁵, que revisa la Directiva sobre información no financiera, en materia de transición a una economía sostenible y de contribución a la limitación del calentamiento global en consonancia con el Acuerdo de París. El proyecto de Directiva, asimismo, tendrá que ser aplicada en conjunción con el Reglamento sobre taxonomía¹³⁶, una herramienta de transparen-

¹³² “The EU Commission’s Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive SHIFT’S ANALYSIS”, informe publicado en marzo de 2022. El informe se puede consultar en: https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2022/03/Shift_Analysis_EU_CSDDDProposal_vMarch01.pdf; C. BRIGHT, L. SMIT, “The new European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence” in *British Institute of International and Comparative Law and Nova School of Law*. 23 February 2022, disponible en <https://www.biiicl.org/blog/32/the-new-european-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence>; ECCJ, European Commission’s proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis, legal brief, April 2022, disponible en <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf>.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

¹³⁵ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

¹³⁶ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088 (OJ L 198, 22.6.2020, pp. 13–43).

cia que facilita las decisiones sobre inversión y ayuda a abordar el *greenwashing* al proporcionar una categorización de inversiones ambientalmente sostenibles en actividades económicas, ya que ampliará la identificación de los riesgos a toda la cadena de suministro, lo que permitirá informar con mayor profundidad a los inversores¹³⁷.

B) Ámbito de aplicación

76. En cuanto a su ámbito de aplicación, la propuesta de Directiva comprende a las empresas domiciliadas en la UE por encima de un determinado umbral en términos de volumen de negocio y número de empleados, así como a otras sociedades de responsabilidad limitada de la Unión que operen en sectores definidos de alto impacto, junto con empresas no europeas aunque con actividad en la Unión, sobre una base similar. En efecto, el proyecto de Directiva se aplica tanto a las empresas europeas como a las no europeas con el requisito de que sean grandes empresas europeas con más de 500 empleados de media; y una facturación neta mundial superior a los 150 millones de euros en el último ejercicio. Al cabo de dos años de su entrada en vigor, el ámbito de aplicación se extenderá a las empresas europeas de mediana capitalización en determinados sectores: empresas europeas que tienen más de 250 empleados de media y un volumen de negocios neto de más de 40 millones de euros, siempre que al menos 50% de este volumen de negocios se haya generado en uno o más de los tres sectores de “alto impacto” que se especifican en el texto¹³⁸. Los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente se definen con referencia a una lista de convenios internacionales que figura en un anexo.

77. Las pymes (incluidas las microempresas), que representan la gran mayoría (99 %) de todas las empresas de la UE, están excluidas de los umbrales que expresamente contempla la propuesta de Directiva. A este respecto, como en otro que señalaremos más adelante, la propuesta de Directiva se aparta de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que establecen que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos “se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, y estructura”, si bien reconoce que “la escala y la complejidad de los medios a través de los cuales las empresas cumplen con esa responsabilidad pueden variar según estos factores y con la gravedad de los impactos adversos de la empresa en los derechos humanos”¹³⁹. No obstante, la propuesta de Directiva prevé el apoyo y la ayuda financiera (también de los Estados miembros) para las pymes que entran en las cadenas de valor pertinentes. Esta previsión se basa en la evidencia de que las pymes se ven afectadas por leyes que se aplican a las grandes empresas, como señala la exposición de motivos¹⁴⁰. El proyecto de Directiva prevé una cláusula de revisión (art. 29) que hace referencia explícita al ámbito de aplicación personal de la Directiva.

C) Elementos del proceso de debida diligencia en derechos humanos

78. Para cumplir con la Directiva, los Estados miembros de la UE tendrán que garantizar que las empresas dentro de su ámbito de aplicación: i) lleven a cabo e integren la debida diligencia en materia

¹³⁷ Proposal for a Directive, Explanatory Memorandum p. 5.

¹³⁸ Textiles, cuero y productos conexos (incluido el calzado), y el comercio al por mayor de textiles, prendas de vestir y calzado; la agricultura, la silvicultura, la pesca (incluida la acuicultura), la fabricación de productos alimenticios y el comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; así como las empresas dedicadas a la extracción, elaboración y fabricación de productos minerales y metálicos y derivados (incisos i) a iii) del apartado b) del apartado 1 del artículo 2).

¹³⁹ Principio Rector 14.

¹⁴⁰ A este respecto, cabe hacer referencia a un estudio de PwC sobre el impacto de la Ley francesa del deber de vigilancia que mostró que casi el 80% de las pymes francesas (que no están cubiertas por la Ley francesa) están obligadas a tomar ciertas medidas en relación con los derechos humanos y el medio ambiente por parte de sus empresas compradoras más grandes, sin recibir apoyo (financiero o de otro tipo) para cumplir con estos requisitos. Véase en https://www.novethic.fr/fileadmin/user_upload/tx_ausynovethicarticles/BH/AD_Enqu%C3%AAte_BPI_France_ORSE_2019_Web.pdf.

de derechos humanos y medio ambiente en sus políticas de cooperación; ii) identifiquen los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente; (iii) prevengan o mitiguen los impactos potenciales; iv) pongan fin o minimizar los impactos reales; v) establezcan y mantengan un procedimiento de reclamación; (vi) monitoreen la efectividad de la política y las medidas de diligencia debida; y (vii) comuniquen públicamente sobre la debida diligencia (arts. 4-8). El deber de diligencia debida previsto en el proyecto de Directiva se extiende no sólo a las operaciones propias de las empresas dentro de su ámbito de aplicación, sino también a sus filiales y a sus “operaciones de la cadena de valor” en la medida en que respondan a “relaciones comerciales establecidas” (art. 1).

79. Además, el proyecto de Directiva de la Comisión prevé el seguimiento (art.10), la presentación de informes (art. 11) y la aplicación de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente previstas, entre otras cosas, mediante: procedimientos de reclamación a nivel de empresa (art. 9); acción de las autoridades nacionales de supervisión (art. 16-21) y responsabilidad civil de las empresas por daños a los derechos humanos y/o al medio ambiente causados por incumplimiento de la diligencia debida (art. 22). Otras medidas de apoyo incluyen: protección de los denunciantes de irregularidades (art. 23); disposiciones para la elaboración de directrices-guías de diligencia debida (art. 13) y cláusulas contractuales modelo (art. 12); así como restricciones al apoyo estatal a las empresas sancionadas por fallos de diligencia debida (art. 24). También figuran disposiciones relativas a la integración de los derechos humanos en las obligaciones fiduciarias de los administradores de las sociedades (arts. 25 a 26). Las grandes empresas cubiertas por el proyecto de Directiva también están obligadas a tener un plan para combatir el cambio climático (art. 15).

80. Como puede observarse, el proyecto de Directiva exigiría que las empresas emprendieran un proceso que, al menos en sus etapas principales, reflejara en general la DDDH, tal como se prevé en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, en relación con algunos aspectos, como la profundidad de la diligencia debida en todas las cadenas de valor y la gama de empresas cubiertas, el proyecto de Directiva no parece estar plenamente alineada con los Principios Rectores o con otra orientaciones relacionadas (como las Guías de la OCDE), o con el texto del Parlamento Europeo. En otros ámbitos, los objetivos y el ámbito de aplicación del proyecto de Directiva van más allá de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que, por ejemplo, no se centran directamente en el medio ambiente o el cambio climático. Del mismo modo, el proyecto de Directiva entra en mayor detalle que los Principios Rectores en algunos aspectos, como por ejemplo, la responsabilidad civil.

81. En cuanto a las convergencias, así como las discrepancias entre dichos instrumentos, me voy a referir a las más sobresalientes. En primer lugar, respecto de los impactos de la actividad empresarial y el alcance de los derechos humanos afectados, como reconocen los Principios Rectores, las empresas comerciales pueden “tener un impacto prácticamente en todo el espectro de derechos humanos reconocidos internacionalmente”¹⁴¹. Mientras que “en la práctica, algunos derechos humanos pueden estar en mayor riesgo que otros en industrias o contextos particulares”, “las situaciones pueden cambiar, por lo que todos los derechos humanos deben ser objeto de revisión periódica” por parte de las empresas. Esto proporciona un contexto esencial para interpretar la afirmación que formulan los Principios Rectores acerca de que la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos se refiere “como mínimo” a los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁴², así como que, dependiendo de las circunstancias en que realicen sus actividades, las empresas deben tener en cuenta otras normas de derechos humanos.

82. En lugar de definir el alcance de los derechos humanos al que deben referirse los procesos de DDDH de las empresas, el proyecto de Directiva de la Comisión adopta la técnica de utilizar un

¹⁴¹ Comentario al Principio Rector 12.

¹⁴² Principio Rector 12.

anexo que define lo que constituyen “impactos adversos en los derechos humanos” (art. 3, letra c)). Las empresas estarán entonces legalmente obligadas por los Estados miembros a prevenir (art. 7) y poner fin (art. 8) a los impactos adversos “resultantes de la violación de los derechos o prohibiciones enumerados en el anexo, mientras que también pueden asumir responsabilidad civil por daños asociados” (art. 22).

83. Para especificar qué se entiende por “impacto adverso en los derechos humanos”, el anexo del proyecto de Directiva de la Comisión Europea incluye tres disposiciones principales. En primer lugar, hay una lista de “violaciones específicas de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos”, a saber, una selección de derechos específicos mencionados en los instrumentos internacionales. Esta selección abarca los derechos humanos, tanto civiles como políticos, individuales y grupales, así como los derechos protegidos por el Derecho internacional laboral. En segundo lugar, el anexo incluye una lista de “convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, incluidos los de la Carta Internacional de Derechos Humanos, siete de los nueve convenios fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas (todos excepto el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas), instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho laboral, junto con otros. En tercer lugar, el anexo del proyecto de Directiva también incluye una cláusula semiabierta que define como impacto adverso en los derechos humanos, la “violación de una prohibición o derecho” no especificada en la primera lista incluida en el anexo, pero “que menoscabe directamente un interés jurídico protegido en esos acuerdos, siempre que la sociedad de que se trate pudiera haber establecido razonablemente el riesgo de tal afectación y las medidas adecuadas que deban adoptarse para cumplir las obligaciones a que se refiere el artículo 4 de la presente Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo”¹⁴³.

84. El proyecto de Directiva parece destinado a ajustarse a esta posición, dadas las extensas listas de recursos e instrumentos incluidos en su anexo. Sin embargo, para las empresas cubiertas en virtud del sector, el alcance de la identificación del impacto es limitado *ex ante* (art. 6, apartado 2). El proyecto de Directiva también incluye algunos derechos o instrumentos que podrían no ser considerados como «reconocidos internacionalmente», en la terminología de los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

85. A pesar de incluir un compromiso explícito con la no regresión (art. 1, apartado 2), y una cláusula de salvaguardia (art. 1, apartado 3), la omisión por parte del proyecto de Directiva de las normas regionales europeas y nacionales de derechos humanos parece regresiva, en particular en lo que respecta a los derechos humanos que ya son vinculantes para las instituciones de la UE y los Estados miembros (como el CEDH, la Carta Social Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales)¹⁴⁴. Estas normas contienen protecciones que son relevantes en un contexto empresarial y que pueden no ser abordadas en la misma medida por los otros instrumentos mencionados en el anexo. La evidencia de abusos de los derechos humanos por parte de las empresas dentro de la UE y los desafíos para sus víctimas en el acceso a un recurso efectivo están bien documentados. Sin embargo, la Comisión Europea no justifica el enfoque adoptado a este respecto. Hay carencias ostensibles en relación al género, como el Convenio de la OIT sobre el acoso sexual, lo cual resulta llamativo a la luz de los compromisos jurídicos y políticos de la UE en esta materia.

86. El proyecto de Directiva también identifica derechos específicos cuya violación debe evitarse¹⁴⁵. La conjunción de una lista no exhaustiva con una lista de instrumentos (Parte I, 2), que incluye

¹⁴³ Anexo de la propuesta, parte I, sección 1, párr. 20.

¹⁴⁴ *iligence: two paradoxes*, en <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>.

¹⁴⁵ Anexo, parte I, 1.

algunos que no son vinculantes para los Estados miembros hace que el anexo del proyecto de Directiva presente un esquema bastante complejo que puede plantear desafíos de interpretación y claridad. El enfoque selectivo adoptado también puede entrar en tensión con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, así como con la visión de los Principios Rectores de las Naciones Unidas de la debida diligencia en derechos humanos específica del contexto, donde su alcance está configurado por los riesgos relevantes para los derechos humanos, en lugar de preestablecerlos de antemano. Un instrumento legislativo que “señale” instrumentos y derechos potencialmente relevantes puede ser útiles para las empresas. Parece haberse adoptado así un enfoque basado en listas de la ley de diligencia debida de Alemania.

87. En cuanto a la inclusión del medio ambiente, desde el punto de vista de los derechos humanos la protección y regulación del medio ambiente por parte de los Estados es necesaria en la medida en que los daños ambientales, incluido el cambio climático, amenazan los derechos humanos reconocidos por los instrumentos establecidos. No existe ningún obstáculo general, desde el punto de vista de los derechos humanos, en que la futura Directiva pueda exigir a las empresas que observen estándares más altos de protección ambiental. Se puede demostrar que la debida diligencia ambiental reduce la incidencia de impactos ambientales adversos, particularmente en áreas con bajos estándares ambientales. A su vez, esto puede conllevar beneficios indirectos para los derechos humanos.

88. Por lo que respecta a los elementos de la DDDH, como ya se ha señalado los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén la diligencia debida como un proceso continuo, basado en el riesgo, proporcionado y flexible que aborda todos los abusos de derechos humanos reales o potenciales relacionados con las empresas causados por la empresa en cuestión o vinculados a ella a lo largo de las cadenas de suministro o valor. El proyecto de Directiva también refleja el ciclo paso a paso de diligencia debida en materia de derechos humanos descrito por los Principios Rectores. En algunos aspectos se formula en mayor detalle que los otros dos textos y los Principios Rectores al describir estos pasos, mientras que en otros diverge de ellos.

89. En primer lugar, el proyecto de Directiva especifica seis “acciones” que comprenden la diligencia debida que deben aplicar las empresas dentro de su ámbito de aplicación: a) integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas; b) identificar los efectos reales o adversos; c) prevenir y mitigar los efectos; d) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; e) supervisar la eficacia de las medidas de diligencia debida; y f) comunicar públicamente la diligencia debida. Aunque están configurados de manera ligeramente diferente, estos pasos se alinean ampliamente con los requisitos de diligencia debida expresados por los Principios Rectores. Sin embargo, cada paso está sujeto a una mayor elaboración por el proyecto de Directiva en disposiciones posteriores.

90. El artículo 5 del proyecto de Directiva exige que las empresas «integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas», al tiempo que establecen una «política de diligencia debida» específica (art. 5, apartado 1). Se especifica que estos últimos contienen: una descripción del enfoque global de diligencia debida de la empresa (art. 5, apartado 1, letra a); «un código de conducta que describa las normas y principios que deben seguir los empleados y las filiales de la sociedad» (art. 5, apartado 1, letra b); y una descripción de los procesos desplegados por la empresa para aplicar la diligencia debida, incluida la «verificación del cumplimiento del código de conducta» y su aplicación a las «relaciones comerciales establecidas» (art. 5, apartado 1, letra c)), mientras que las empresas también están obligadas a actualizar anualmente toda la política de diligencia debida (párrafo 2 del art. 5).

91. De conformidad con el artículo 6, el proyecto de Directiva especifica cómo las empresas deben identificar los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, los impactos que resulten de las operaciones propias o de las filiales, o de las relaciones establecidas en la cadena de valor (art. 6, apartado 1). En particular, la formulación “derivada de” del mencionado artículo se desvía de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que más bien

se refieren a los impactos que las empresas han causado, a los que han contribuido o a los que están directamente vinculadas¹⁴⁶.

Por lo tanto, la formulación del proyecto de Directiva en el apartado 1 del artículo 6 parece eludir tres categorías de participación de las empresas que se distinguen por los Principios Rectores de las Naciones Unidas y que, en su esquema, conllevan diferentes consecuencias para las empresas, particularmente en relación con la responsabilidad de remediar. Ello se traslada al proyecto de Directiva, entre *otros*, a los artículos 7 y 8 y, por lo tanto, al artículo 22. En el primer momento, esto podría parecer que implica responsabilidad civil por una categoría más amplia de daños (es decir, aquellos a los que la empresa está asociada a través de la vinculación directa) que la que actualmente se considera vigente en virtud del Derecho civil. Por otra parte, la responsabilidad por daños a los que una empresa sólo está directamente vinculada aparece restringida en virtud del apartado 2 del artículo 22, al menos cuando la diligencia debida “razonable” haya sido ejercida por la empresa originaria. En general, entonces, el alcance de la responsabilidad propuesto en este ámbito en el marco del proyecto de Directiva queda ambiguo.

El artículo 6, apartado 4, exige a las empresas que consulten con “grupos potencialmente afectados” para recopilar información sobre posibles impactos. En general, las empresas están obligadas a “tomar las medidas adecuadas” con este fin. El deber general del artículo 6 de identificar los impactos adversos reales y potenciales está limitado de ciertas maneras. El artículo 6, apartado 2, aclara que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de su sector sólo necesitan identificar “los impactos adversos graves que sean pertinentes para su sector respectivo”¹⁴⁷, aunque no parece claro cómo podría lograrse tal determinación (por ejemplo, qué riesgos en relación con una empresa del sector podría evaluarse como «relevante» para ese sector). Del mismo modo, en virtud del artículo 6, apartado 3, las empresas del sector financiero están obligadas a llevar a cabo únicamente una identificación de riesgos *ex ante* en lugar de una identificación continua de riesgos en relación con las actividades financieras, una restricción que no se ajusta a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, o a otros estándares.

Además, cabe destacar la utilización en el proyecto de Directiva de términos que matizan las calificaciones, como «apropiado» y «pertinente» para condicionar el alcance del deber de identificación del riesgo establecido. Si bien esta formulación puede proporcionar especificidad sobre el contexto, en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, también implica incertidumbre, ya que puede que no siempre esté claro de antemano cómo deben ser interpretados dichos términos. Dado que el incumplimiento del artículo 6 proporciona una base para la responsabilidad, ello puede plantear desafíos en el contexto de la reparación.

El proyecto de Directiva pretende establecer un deber de diligencia debida que se extienda a toda la cadena de valor.¹⁴⁸ Sin embargo, al mismo tiempo restringe el alcance de la identificación de riesgos requerida (artículo 6) a las operaciones propias de las empresas, las filiales y las “operaciones de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida”.

92. Como se ha señalado anteriormente, el término “relación comercial establecida” se define en la letra f) del artículo 3 en el sentido de una «relación empresarial, directa o indirecta, que es o se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o duración y que no represente una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor. Como indica el artículo 3, letra e), se refiere a una relación con cualquier entidad jurídica (“socio”) con la que una sociedad tenga un acuerdo comercial o proporcione “financiación», seguros o reaseguros” (art. 3, letra e), punto 1); o que “realice operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la empresa” (art. 3, letra e), punto 2). Considerando que puede entenderse que este enfoque tiene por objeto evitar cargas irrazonables para las empresas, tal como se contempla en los Principios Rectores, también puede socavar su pertinencia, en términos de detección de riesgos destacados, en particular dada la probabilidad de que las empresas cubiertas puedan carecer de relaciones comerciales, o de que dichas relaciones

¹⁴⁶ Principios Rectores 19 y 22.

¹⁴⁷ Artículo 2, apartado 1, letra b).

¹⁴⁸ Artículo 3 f).

no estén “establecidas” en los eslabones más bajos de la cadena de suministro, mientras que muchos de ellos son parte integral de la actividad o el modelo comercial de una empresa. Además, los abusos graves son frecuentes en las primeras etapas de la producción. En cualquier caso, las medidas de identificación de riesgos del artículo 6, apartado 1, se matizan por la restricción de que éstas sólo tienen que ser “adecuadas”, de modo que también puede cuestionarse por qué es necesaria la limitación de las relaciones comerciales establecidas para mantener la proporcionalidad.

93. Otras restricciones preocupantes también afectan a esta esfera, como se señaló anteriormente. Se refieren a la disposición del artículo 6, apartado 2, para las empresas incluidas en virtud de su sector¹⁴⁹ de que sólo necesitan identificar “los impactos adversos *graves* que sean relevantes en sector respectivo”; y en virtud del artículo 6, apartado 3, que las empresas del sector financiero están obligadas a realizar únicamente una identificación *de riesgos ex ante* en lugar de una identificación continua del riesgo. Ninguna de estas disposiciones parece ajustarse a las orientaciones de los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

94. El artículo 7 del proyecto de Directiva también establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las empresas adopten medidas específicas para prevenir o mitigar los impactos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente que se hayan identificado en virtud del artículo 6. Según el artículo 7, apartado 2, letra a), las empresas están obligadas, «cuando proceda» (art. 7, apartado 2) y «cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención» a «elaborar y aplicar un plan de acción de prevención, con plazos de actuación razonables y claramente definidos y con indicadores cualitativos y cuantitativos», en consulta con las partes interesadas. Sin embargo, la incorporación de términos como «pertinente» y cláusulas como «necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas», si bien es coherente con el enfoque de los Principios Rectores, deja incierto el efecto jurídico exacto de esta disposición.

El artículo 7, apartado 2, letra b) asimismo exige a las empresas que soliciten garantías contractuales a los socios comerciales en las relaciones comerciales directas de que cumplirán el código de conducta de la empresa de origen, así como cualquier plan de acción de prevención elaborado por la empresa de origen, incluidas las solicitudes en cascada de garantías contractuales para otros negocios de la cadena de valor. Con arreglo al artículo 7, apartado 4, cuando se obtengan tales garantías contractuales, su cumplimiento debe verificarse “mediante las medidas adecuadas”, que pueden incluir la utilización de “iniciativas industriales o de verificación independiente por terceros”. Sin embargo, no se especifica en el proyecto de Directiva cómo se determinará la “pertinencia” de este enfoque, ni qué medidas pueden considerarse “apropiadas” para verificar el cumplimiento.

Las disposiciones adicionales del artículo 7 del proyecto de Directiva prevén obligaciones similares, aparentemente obligatorias, pero cualificadas para “realizar las inversiones necesarias”, para: prevenir o mitigar adecuadamente los efectos adversos¹⁵⁰ prestar apoyo “específico y proporcionado” a las pyme cuando sea necesario para facilitar la aplicación de un código de conducta o un plan de acción de prevención¹⁵¹ y “colaborar con otras entidades” para aumentar la influencia para poner fin a los abusos. El artículo 7, apartado 3, anima a las empresas a entablar relaciones contractuales con proveedores con los que sólo tienen relaciones indirectas para buscar garantías de cumplimiento de los códigos de conducta y planes de prevención, cuando los socios comerciales directos no sean compatibles. Esta disposición parece tener la intención de permitir a las empresas tener un control más estricto sobre los estándares en la cadena de suministro. Sin embargo, su carácter no obligatorio deja en la incertidumbre su impacto.

El artículo 7, apartado 5, de la propuesta de Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las sociedades cubiertas por el requisito de diligencia debida no amplíen las relaciones comerciales existentes ni entablen nuevas relaciones comerciales con segundas entidades cuando la sociedad no haya aplicado las “medidas adecuadas” tal como se definen en el artículo 7, apartados 2 a 4, para prevenir o

¹⁴⁹ Artículo 2, apartado 1, letra b).

¹⁵⁰ Artículo 7, apartado 2, letra c).

¹⁵¹ Artículo 7, apartado 2, letra d).

“mitigar adecuadamente” impactos adversos potenciales. Además, el artículo 7, apartado 5, exige que las empresas en esta situación, cuando la ley lo permita, deben “suspender temporalmente las relaciones comerciales”¹⁵² y “poner fin a la relación comercial” cuando un posible impacto adverso sea grave¹⁵³, señalando que los Estados miembros pueden necesitar legislar para cubrir estas eventualidades. El artículo 7, apartado 6, establece una exención del artículo 7, apartado 5, letra b), para las empresas de servicios financieros, cuando la rescisión de préstamos, créditos u otros servicios financieros pueda causar un “perjuicio sustancial”. No se entiende en este punto la lógica del proyecto de Directiva, dado que las suspensiones o terminaciones de relaciones comerciales en virtud de otras disposiciones del artículo 7 podrían tener la misma consecuencia práctica.

95. El artículo 8 del proyecto de Directiva refleja el artículo 7 al elaborar un sistema algo complejo que determina cómo deben responder los Estados miembros y las empresas a los impactos adversos reales que se hayan identificado o “deberían haber identificado” de conformidad con el artículo 6. Esta disposición exige que las empresas “pongan fin” (art. 8, apartado 1) a los efectos adversos derivados, según el artículo 6, apartado 1, de sus propias operaciones, las de las filiales y las relaciones comerciales establecidas vinculadas a sus cadenas de valor. Cuando esto no sea posible, deben reducir al mínimo su alcance (art. 8, apartado 2). Cuando sea “pertinente”, el artículo 8, apartado 3, exige además que las empresas “neutralicen” o “minimicen” el alcance de los impactos adversos, lo que puede exigir “el pago de daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas”¹⁵⁴ sobre una base que debe ser “proporcionada” a la “importancia y escala” del impacto como así como la contribución de la empresa. De conformidad con el artículo 8, apartado 3, letra b), los planes de medidas correctoras, incluidos los indicadores de “mejora”, que deben elaborarse en consulta con las partes interesadas, son obligatorios en caso de que los efectos adversos no se les pueda “poner fin de inmediato”.

96. En cuanto a la prevención de los abusos de los derechos humanos, el enfoque del proyecto de Directiva es positivo, ya que la prevención de las violaciones de los derechos humanos es preferible a la remediación en todos los casos. En principio, son bienvenidas las disposiciones sobre los planes de acción de prevención (art. 7, apartado 1, punto 2), las inversiones (art. 7, apartado 2, letra c), y el apoyo a las pymes (art. 7, apartado 2, letra d), así como una indicación clara de que las empresas deben prevenir o, alternativamente, mitigar los abusos cuando la prevención no sea posible. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas destacan que la colaboración sectorial puede permitir a las empresas aumentar su influencia y, por lo tanto, prevenir, abordar y remediar los daños de las empresas a los derechos humanos. En la misma línea se pronuncia la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre la colaboración sectorial. Por tanto, exigir a las empresas que colaboren para aumentar su influencia (art. 7, apartado 3) es un mérito de esta propuesta. Al mismo tiempo, al adoptar este enfoque, ciertos elementos pueden suscitar preocupación. En primer lugar, el papel que se concede a las garantías contractuales (art. 7, apartado 2, letra b) y art. 8, apartados 4 a 5) puede considerarse problemático, habida cuenta de los riesgos de transferencia de la carga por parte de las empresas principales a los proveedores; las posibilidades de medidas superficiales de cumplimiento de la ley que sustituyan a una auténtica gestión de riesgos; y limitaciones de los enfoques actualmente vigentes para la verificación del cumplimiento por parte de terceros a través de la “auditoría social”.

97. Esto se relaciona con el papel previsto, en los artículos 7 y 8 del proyecto de Directiva, para las iniciativas de la industria como un mecanismo en el que las empresas pueden confiar para verificar el cumplimiento de las garantías contractuales que deben solicitar a los socios comerciales. Del proyecto de Directiva no se desprende exactamente cómo funcionarían en la práctica los mecanismos previstos en la letra b) del apartado 2 del artículo 7 y en el apartado 4 del artículo 7. Tal como están formulados,

¹⁵² Artículo 7, apartado 5, letra a.

¹⁵³ Artículo 7, apartado 5, letra b.

¹⁵⁴ Artículo 8, apartado 3, letra a).

pueden estar expuestos a posibles conflictos de intereses. El desarrollo de criterios de adecuación para las iniciativas de múltiples partes interesadas, como propone el proyecto de Directiva es una salvaguardia importante, aunque no suficiente.

D) Reparación

98. En cuanto a la reparación, los Principios Rectores indican que las empresas están obligadas a remediar los daños que han causado o a los que han contribuido; cuando los efectos adversos están directamente vinculados a sus operaciones, pueden remediarlos, pero no están obligadas a hacerlo¹⁵⁵. Sobre esta base, puede considerarse que las disposiciones del proyecto de Directiva en virtud del artículo 8 presentan una articulación más específica y exigente de las medidas correctivas para las empresa que la expresada explícitamente por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto depende exactamente de cómo se interpreten los términos “derivado de” (art. 6), “vinculación directa”¹⁵⁶ y “relaciones comerciales establecidas” (art. 6, apartado 1). Dado que el alcance de la obligación de reparar los daños causados por las empresas en el artículo 8 está condicionado por el deber de identificación del riesgo en el artículo 6 del proyecto de Directiva, las excepciones al artículo 6 discutidas anteriormente adquieren mayor importancia. En general, se puede afirmar que el esquema del artículo 8, aunque ambicioso, sin embargo tiene límites. Además, la forma en que se aplicaría, por ejemplo, cuando el régimen jurídico de un tercer país entrañe abusos de derechos humanos en curso, no está del todo clara. También podría reforzarse la participación de las partes interesadas en las medidas que puedan contribuir a la remediación en virtud del artículo 8.

99. Un segundo aspecto relativo a la reparación previsto por los Principios Rectores de las Naciones Unidas son los mecanismos de reclamación a nivel de empresa o “operacional”¹⁵⁷. En consonancia con ello, el proyecto de Directiva en su artículo 9 exigiría a las empresas que establecieran un procedimiento de reclamación, a disposición de las organizaciones de la sociedad civil, así como de los sindicatos y los particulares, que pueda abordar los impactos reales o potenciales en toda la cadena de valor. Esta característica es positiva, ya que tales procedimientos pueden servir como un mecanismo de alerta temprana, así como proporcionar una vía para la remediación en algunos casos. Por el contrario, las garantías procesales, así como la forma en que los denunciantes participan y tienen derecho a recibir información sobre sus reclamaciones, son menos claras que las disposiciones contenidas en leyes nacionales de diligencia debida en derechos humanos, como la alemana y la noruega.

100. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén una “consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinente” en el contexto de la diligencia debida en derechos humanos¹⁵⁸, considerando que dicha consulta es parte integrante de la función prevista de DDDH como una ayuda para que las empresas comprendan los impactos en personas específicas, en un contexto específico de operaciones. Con este fin, las empresas deben consultar a las partes interesadas “directamente de una manera que tenga en cuenta el idioma y otras barreras potenciales para una participación efectiva”¹⁵⁹. De acuerdo con la Guía de Diligencia Debida de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, la DDDH también debe basarse en el compromiso con las partes interesadas en diferentes etapas del proceso. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidentemente, estos principios generales pueden requerir una interpretación más específica en diferentes contextos, en consonancia con las dimensiones sustantivas y procesales de los derechos internacionalmente reconocidos aplicables a grupos específicos y en situaciones fácticas concretas¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Principio Rector 22.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Principios Rectores 22 y 29-31.

¹⁵⁸ Principio Rector 18.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Por ejemplo, sindicatos, pueblos indígenas, niños, personas con discapacidad, etc.

El proyecto de Directiva matiza el papel de las partes interesadas en la identificación, prevención, mitigación y cese de los daños dejando la identidad y la forma de participación de las partes interesadas en gran medida a la discreción de empresas. Esta es una laguna importante que debe ser subsanada. Además, el papel que se concede a los sindicatos en el proyecto de Directiva está restringido, apartándose de las directrices de la OCDE para la conducta empresarial responsable en una medida que puede suscitar dudas en términos de su coherencia con las normas internacionales del trabajo que establecen el derecho de los sindicatos a ser consultados¹⁶¹.

101. Por último, cabe destacar el papel central que se concede en el proyecto de Directiva de a las asociaciones industriales en relación con la vigilancia del cumplimiento y la verificación. Si bien las asociaciones de la industria son partes interesadas importantes en cualquier proceso corporativo, hasta ahora no se les ha dado un papel de certificación formal en las normas o mecanismos de diligencia debida, y ello puede conducir a conflictos de intereses.

102. En general, en lo que respecta a su plan propuesto para la vigilancia, la aplicación y las sanciones, el proyecto de Directiva, a reserva de su forma de eventual aplicación en la práctica, contempla propuestas de inspección, órdenes vinculantes, multas, medidas provisionales y derecho a las debidas garantías procesales para las partes afectadas que, en principio, parecen apropiadas y adecuadas desde el punto de vista de los derechos humanos.

103. Una diferencia importante entre los textos se refiere a la exclusión de la contratación pública entre las consecuencias para las empresas que incumplan la obligaciones de DDDH. El proyecto de Directiva obligaría a los Estados miembros a garantizar que las empresas que soliciten apoyo público “certifiquen” que no están sujetas a ninguna sanción por cualquier incumplimiento de sus obligaciones de DDDH (art. 24); sin embargo, no excluye a las empresas incumplidoras en procedimientos de contratación pública y de financiación pública. Dado que la contratación pública y la coherencia de las políticas son temas claramente abordados por los Principios Rectores¹⁶², el proyecto de Directiva debería ser modificado en este punto en aras de un trato equitativo de las empresas que suministran bienes y servicios respectivamente a los sectores público y privado¹⁶³.

E) Responsabilidad civil

104. En cuanto a responsabilidad jurídica, el proyecto de Directiva prevé la responsabilidad civil de las sociedades vinculadas a incumplimientos de DDDH, así como exclusiones parciales de responsabilidad basadas en el cumplimiento de la DDDH. Con arreglo al proyecto, cuando una empresa cumpla los requisitos enunciados en los artículos 7 y 8, respectivamente, para prevenir y poner fin a los impactos adversos en materia de derechos humanos o medio ambiente, no será responsable de los “daños” causados por su propia actividad o la de un socio comercial directo, a menos que así esté previsto en virtud de otras normas de Derecho nacional o de la UE (art. 22, apartado 4). La responsabilidad por los daños causados por socios comerciales indirectos solo está contemplada cuando la diligencia debida ejercida por la empresa principal haya incurrido en un defecto de “irracionalidad” (art. 22, apartado 2). Además, el margen de responsabilidad previsto en el artículo 22 está implícitamente limitado por las restricciones a la identificación de riesgos señaladas anteriormente, dado que ésta es una puerta de entrada a los deberes de prevención (art. 7) y de poner fin a los efectos adversos (art. 8). Por lo tanto,

¹⁶¹ En el proyecto de Directiva, el papel explícito de los sindicatos se limita a la participación en los procedimientos de reclamación, lo que limita su participación en el proceso de diligencia debida en general. Además, la referencia a los acuerdos marco globales también está ausente, ya que aunque reconoce el derecho de los sindicatos a ser informados, no reconoce el carácter vinculante de las consultas laborales y el diálogo social.

¹⁶² Principios Rectores 6, 7, 8.

¹⁶³ La ley de diligencia debida de Alemania prevé exclusiones claras de la participación en licitaciones públicas basadas en el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida en derechos humanos.

parece que la responsabilidad en relación con los daños en la cadena de valor también está condicionada, *entre otras cosas*, por el alcance de las empresas cubiertas, las relaciones comerciales establecidas y el mecanismo para solicitar garantías contractuales (art. 7, apartado 2).

105. El sistema general de responsabilidad del proyecto de Directiva parece incorporar un compromiso entre el objetivo de atribuir responsabilidad a la falta de DDDH que causa daños y el objetivo de garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de dicha responsabilidad. En cualquier caso, las formulaciones propuestas por el proyecto en materia de responsabilidad son más amplias y técnicamente complejas que lo previsto en las leyes nacionales de DDDH hasta la fecha, aunque existe un riesgo aparente de que no cumplan ni las expectativas de seguridad jurídica para las empresas, ni una ampliación del acceso a la reparación para las víctimas. En este sentido, si bien muchas partes interesadas han recomendado que la carga de la prueba recaiga en las empresas para demostrar que han cumplido las obligaciones de DDDH y que los daños y las infracciones no resultan de la falta efectiva de diligencia debida en derechos humanos, en virtud del proyecto de Directiva, si las empresas han obtenido garantías contractuales de su socios comerciales que han cumplido con el código de conducta de la empresa verificado por una auditoría de terceros, los reclamantes deben demostrar que las garantías no eran “apropiadas”. Tales requisitos pueden socavar la remediación por medio de la responsabilidad civil y seguir siendo obstáculos importantes para la rendición de cuentas efectiva de las empresas.

106. Por último, una observación en relación con la disposición del artículo 8, apartado 3, relativa a los pagos de “daños y perjuicios” y “compensación financiera” a las personas afectadas para neutralizar o minimizar el alcance de los efectos adversos. Se necesitan iniciativas para acelerar la reparación de las víctimas de abusos corporativos, y se alienta a las empresas a facilitar la remediación de los abusos, particularmente teniendo en cuenta la duración típica de los procedimientos civiles, especialmente aquellos de carácter transnacional y que involucran complejas cuestiones de hecho y de derecho, como las planteadas en la búsqueda de la responsabilidad de la sociedad matriz. Sin embargo, como se ha señalado, la relación entre el artículo 8, apartado 3, y las disposiciones sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios vinculados a faltas de diligencia debida parece poco clara, al igual que las consecuencias jurídicas generales del artículo 8, apartado 3.

107. En suma, el proyecto de Directiva de la Comisión tampoco ha contribuido a eliminar los graves obstáculos legales en la presentación de reclamaciones transnacionales contra las empresas, como los altos costos, los plazos cortos de prescripción, el acceso limitado a las pruebas, la capacidad legal restringida y una carga de la prueba desproporcionada.

V. Conclusiones

108. Desde la creación de la noción de *diligencia debida en materia de derechos humanos* en los Principios Rectores de las Naciones Unidas, el término se ha utilizado en una variedad de instrumentos internacionales, regionales y nacionales. La creación de este *ecosistema* de instrumentos sobre empresas y derechos humanos y en particular de aquellos que han incluido la debida diligencia en materia de derechos humanos con carácter obligatorio es uno de los importantes logros de la primera década de los Principios Rectores, aunque siguen persistiendo enormes desafíos en cuanto a la rendición de cuentas por parte de las organizaciones empresariales en términos de hacer efectiva su responsabilidad.

109. Los instrumentos considerados en este trabajo representan los intentos iniciales de introducir requisitos obligatorios de diligencia debida en materia de derechos humanos para las empresas. Difieren en el lenguaje sobre la DDDH, el alcance de los derechos humanos y las empresas incluidas en su ámbito de aplicación (algunos con umbrales y otros no), el tipo y el alcance de la responsabilidad (si la hubiera) y los medios y mecanismos de aplicación. Por supuesto, las responsabilidades de diligencia debida en materia de derechos humanos por sí solas no conducen automáticamente a la responsabilidad

de las empresas¹⁶⁴, como se pone de manifiesto en la aplicación de la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido.

110. La mayoría de estos instrumentos han adoptado las mismas o similares definiciones de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, con algunas modificaciones para incluir los impactos ambientales y, en algún caso, los impactos del cambio climático. Los instrumentos han aumentado constantemente tanto el alcance de las empresas cubiertas como el grado de rendición de cuentas. Por lo tanto, las filiales, los proveedores y otras empresas implicadas en una relación comercial, incluidas las que se encuentran fuera del territorio de un Estado, se incluyen en el ámbito de aplicación. Si bien aún no se ha determinado el efecto de la responsabilidad de las empresas, es evidente que muchas organizaciones empresariales han pasado a reconocer la necesidad de que emprendan la debida diligencia en materia de derechos humanos y sean responsables de ello¹⁶⁵.

111. Este trabajo ha mostrado las razones que han llevado a establecer la DDDH, así como sus limitaciones y el camino que queda por recorrer. Es muy probable que haya más instrumentos de debida diligencia obligatoria, o que busquen alcanzar el mismo objetivo, en un futuro próximo. Coincidimos en afirmar que ya no es una cuestión de si, sino de cuándo entrarán en vigor tales leyes sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y cómo afectarán a las operaciones y prácticas comerciales actuales¹⁶⁶.

112. Estos avances podrían significar que en el futuro se debe considerar la naturaleza de los aspectos centrales de los instrumentos de diligencia debida en materia de derechos humanos que pueden ser utilizados y perfeccionados a nivel nacional e internacional. Uno de estos aspectos es si la debida diligencia en materia de derechos humanos debe limitarse a los impactos en los derechos humanos. La Ley francesa del Deber de Vigilancia incluye los impactos ambientales (la propuesta de directiva de la Comisión también lo hace, y pretende abordar los impactos en el cambio climático). Este enfoque también puede extenderse a los impactos del cambio climático, sobre los cuales ya hay presiones crecientes para que sean incluidos en las legislaciones nacionales que se encuentran en proceso de elaboración¹⁶⁷.

113. Otro aspecto central reside en clarificar más profundamente los impactos particulares de las actividades empresariales en los grupos vulnerables, así como los impactos de género. También es necesario investigar en el futuro qué tipo de empresas deben ser cubiertas por el ámbito de aplicación (por ejemplo, si se debe tener un umbral o incluir a todas las empresas), si se deben incluir organismos públicos, un examen empírico de más sectores y hasta qué punto deben contemplarse las actividades transnacionales de las empresas, especialmente las empresas matrices y las empresas conjuntas. Es probable que de los efectos de la pandemia de COVID-19¹⁶⁸ también puedan extraerse algunas lecciones¹⁶⁹.

114. El vínculo entre la DDDH y la responsabilidad aún no se ha materializado plenamente en la legislación. Los procedimientos civiles, penales y administrativos son posibles, pero no todos se han utilizado hasta la fecha, y la responsabilidad debe vincularse al acceso a los recursos para las víctimas¹⁷⁰.

¹⁶⁴ C. BRIGHT, A. MARX, N. PINEAU AND J. WOUTERS, "Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?" *Business and Politics*, 2020, vol. 22(4), pp. 667-697.

¹⁶⁵ R. MCCORQUODALE, L. SMITS, S. NEELY & R. BROOKS, "Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises", *Business and Human Rights Journal*, 2017, vol. 2(2), pp.195-224.

¹⁶⁶ W. ANDERSON, "Human Rights Due Diligence: A Business Perspective" disponible en www.business-humanrights.org/en/mandatory-human-rights-due-diligence-a-business-perspective.

¹⁶⁷ Véase C. MACCHI, "The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'", *Business and Human Rights Journal*, 2021, 6(1), pp. 93-119.

¹⁶⁸ La Ley Australiana de Esclavitud Moderna extiende su ámbito a los organismos públicos.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, el informe de investigación de la OIT, "El Efecto dominó de la cadena de suministro: Cómo la COVID-19 está afectando a los trabajadores de la confección en fábricas en Asia y el Pacífico", octubre de 2020, disponible en: www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_758428/lang-en/index.htm.

¹⁷⁰ Sobre el acceso al remedio, véase el estudio solicitado por el Parlamento Europeo, disponible en [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU\(2019\)603475_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf).

115. Además, el vínculo entre los deberes de los directores y la debida diligencia en materia de derechos humanos también es muy relevante, y debe ser refinado técnicamente en los términos oportunos.

116. Hay un área adicional a explorar, relativa al desarrollo de capacidades en los países del Sur Global con el fin de que para todos los involucrados – víctimas y empresas – las decisiones se tomen cerca de la actividad que causó la disputa, haya mecanismos operativos de quejas transparentes e independientes, y las decisiones se tomen de acuerdo con los principios del estado de derecho¹⁷¹. Del mismo modo, es necesario estudiar mecanismos apropiados para la aplicación efectiva de la debida diligencia de derechos humanos, incluida la supervisión pública¹⁷².

117. Sobre todo, es necesario revisar y analizar la legislación vigente de forma continua, y mejorar la propuesta de Directiva antes de que sea finalmente aprobada. Sin una legislación adecuada y bien orientada, existe el riesgo de que se produzca un enfoque de “casilla de verificación” para que las prácticas corporativas existentes puedan continuar donde se permita a las empresas competir utilizando comportamientos insostenibles de derechos humanos y ambientales, como la utilización de trabajo infantil y otras formas modernas de esclavitud, y la contaminación del aire, el agua y la tierra, con graves consecuencias para los derechos humanos de las víctimas y daños al medio ambiente. Una legislación de mayor calidad técnica y sustantiva permitiría abordar las causas profundas de las violaciones de los derechos humanos y los daños ambientales por parte de las empresas de manera más consistente y coherente.

118. Sobre el proyecto de Directiva de la Comisión Europea, puede afirmarse que incorpora algunos pasos adelante en la regulación jurídica de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente para las empresas. Este instrumento es de importancia potencialmente mundial, dado el establecimiento de obligaciones jurídicamente vinculantes de diligencia debida para las empresas; por la importancia económica de las actividades cubiertas; y las sólidas disposiciones previstas en materia de prevención, vigilancia, aplicación y remediación. Sin embargo, como se ha identificado anteriormente, en algunos aspectos importantes, el proyecto de Directiva no cumple las expectativas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las obligaciones jurídicas existentes de la UE, así como sus compromisos políticos, mientras que los aspectos de su esquema general pueden implicar importantes desafíos técnicos a la hora de su implementación y cumplimiento. En algunos otros aspectos, el proyecto de Directiva no lleva adelante elementos que podrían reforzar plausiblemente su eficacia e impacto, directa e indirectamente, en relación con los compromisos de la UE en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible. Si bien se han abordado la complejidad que tiene la regulación en este ámbito, los numerosos méritos del proyecto de Directiva no impiden afirmar la necesidad de que se corrijan sus deficiencias en el procedimiento legislativo ordinario de la UE que queda por finalizar.

119. Por último, cabe señalar tres consideraciones clave sobre el camino a seguir con respecto a la debida diligencia en materia de derechos humanos. En primer lugar, ahora hay una clara tendencia hacia la exigencia de la debida diligencia por medio de instrumentos legislativos, que sólo se espera que aumente a medida que el mundo busca reconstruirse mejor a partir de la crisis sanitaria creada por la pandemia de la COVID-19 y para luchar contra el cambio climático. En segundo lugar, los debates se han desplazado en torno a la debida diligencia en materia de derechos humanos obligatoria, proliferando las discusiones sobre la naturaleza y el alcance de los requisitos jurídicos y su relación con la responsabilidad legal. En tercer lugar, hay un camino traicionero por delante en la próxima década. La “legalización” es bienvenida, pero las leyes nacionales que afianzan ciertas versiones de la diligencia debida

¹⁷¹ Hay un pocos ejemplos de legislación en esta área de países del Sur Global; aunque ninguno es específicamente sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos, se pueden ver por ejemplo, la ‘Lista sucia’ de mano de obra esclava de Brasil, la Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra de Base Amplia (Sudáfrica 2003); véase el informe de Conectas sobre las idas y venidas de la lista sucia sobre trabajo esclavo de Brasil (20 de febrero de 2018), disponible en: www.conectas.org/en/news/back-forth-slave-labor-dirty-list-brazil.

¹⁷² Véase la discusión en www.business-humanrights.org/en/latest-news/report-on-options-for-enforceable-responsible-business-conduct-instruments-including-mandatory-due-diligence/.

de derechos humanos sin establecer regímenes de responsabilidad o con regímenes de responsabilidad deficientes podrían hacer más daño que bien a los esfuerzos de rendición de cuentas de las empresas.

120. En nuestra opinión, la legislación sobre debida diligencia en materia de derechos humanos, cualquiera que sea su nombre, debe tratar de cumplir los tres objetivos interdependientes de prevención, rendición de cuentas y reparación. Sin la rendición de cuentas por incumplimiento, la DDDH no logrará el objetivo de la prevención en la práctica. Sin disposiciones complementarias (e insoslayables) de responsabilidad civil, quienes sufran daños no dispondrán de medios para exigir la reparación de los daños y pérdidas que hayan sufrido. La rendición de cuentas debe reforzarse mediante una combinación de una fuerte transparencia, obligaciones de presentación de informes y divulgación, así como supervisión independiente y bien dotada de recursos y órganos encargados de hacer cumplir la ley.

El Derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad

The right to acquire and change Spanish nationality by foreign persons with disabilities

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-2371-9168

Recibido: 15.03.2022 / Aceptado: 18.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7199

Resumen: La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal con la intención de promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado los artículos del Código civil relativos a la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia, para cumplir los dictados de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. De tal forma, que las personas extranjeras con discapacidad podrán declarar su voluntad a adquirir la nacionalidad española por sí con los apoyos y los ajustes de procedimiento que en su caso precisen. Analizaremos, la evolución normativa y qué implica esta reforma para las personas extranjeras con discapacidad en relación con la regulación anterior.

Palabras clave: El derecho de nacionalidad, personas extranjeras con discapacidad, adquisición de la nacionalidad española, pérdida, conservación y recuperación de la nacionalidad española.

Abstract: Law 8/2021 of 2 June, of civil and procedural legislation reform with the intention of promoting support for persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has been modified the articles of the Civil Code relating to the acquisition of Spanish nationality by option, charter of nature and residence, to comply with the dictates of the 2006 New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thus, foreign persons with disabilities may declare their willingness to acquire Spanish nationality themselves with the support and procedural adjustments that may be required. We will analyze, the normative evolution and what this reform implies for foreign persons with disabilities in relation to the before Regulation.

Keywords: The right of nationality, foreign persons with disabilities, acquisition of Spanish nationality, loss, retention and recovery of Spanish nationality.

Sumario: I. Consideraciones generales. 1. El derecho a la nacionalidad española y evolución de la normativa aplicable. 2. Las personas con discapacidad en la normativa internacional y nacional. II. Los requisitos para la solicitud de la adquisición de la nacionalidad española y su aplicación a las personas extranjeras con discapacidad. 1. La adquisición de la nacionalidad española por opción. A) Aspectos conceptuales. B) Solicitud de la adquisición por opción de las personas extranjeras con discapacidad. 2. La adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza. 3. La adquisición de la nacionalidad española por residencia. 4. Los requisitos formales comunes para la concesión de la nacionalidad española. III. La pérdida, conservación y recuperación de la nacionalidad española por las personas con discapacidad. 1. La pérdida o conservación de la nacionalidad española. 2. La recuperación de la nacionalidad española. IV. Conclusiones.

I. Consideraciones generales

1. El derecho a la nacionalidad española y evolución de la normativa aplicable

1. El legislador español tiene competencia exclusiva¹ para establecer las normas en materia de adquisición, pérdida y conservación de la nacionalidad española, así lo dispone nuestra Constitución española² en el artículo 11, en el apartado primero³: “La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley”. Del mismo que el artículo 149. 1. 2º establece que el Estado español tiene competencia exclusiva sobre la regulación relativa a la nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y el derecho de asilo, lo que significa que las Comunidades Autónomas no pueden regular el régimen jurídico de la nacionalidad española.

2. Sin embargo, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales constituyen límites a esta potestad del legislador patrio en materia de nacionalidad, garantizando a toda persona el derecho de adquirirla y la posibilidad de cambiarla⁴.

3. Así lo establece el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos humanos⁵: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

4. También, el artículo 24. 3 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos⁶: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional...”.

5. Los artículos del Código Civil español (CC) en materia de nacionalidad han experimentado numerosas modificaciones⁷. En lo que se refiere a las personas con discapacidad, es destacable que hasta

¹ En relación con la potestad exclusiva de cada Estado en materia de nacionalidad: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Vecindad civil y nacionalidad”, en M^a C. GETE-ALONSO Y GALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 365, “lo cierto es que el principio aludido es asumido incluso consagrado en normas convencionales de la importancia del artículo 1 del Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad (“Corresponde a cada Estado determinar, con arreglo a su propia legislación, quiénes son sus nacionales. Esta ley será reconocida por otros Estados en la medida en que sea compatible con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en relación con la nacionalidad”)”. A. CRUZ LUNA, “Ciudadanía de la Unión y Nacionalidad. La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las competencias sobre la nacionalidad de los Estados miembros”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 71, 2018, pp. 171-188, constata que los Estados miembros son soberanos para regular la adquisición, pérdida y recuperación de su nacionalidad, y que en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que dicha facultad está fuera del alcance fiscalizador del Derecho europeo.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La reforma del Derecho español de la nacionalidad”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº 1, 1983, pp. 153-157, sobre la necesidad de la consonancia del Derecho de nacionalidad con el constitucionalismo moderno.

⁴ R. VIÑAS FARRÉ, “Evolución del Derecho de nacionalidad en España: continuidad y cambios más importantes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº1, 2010, p. 280: “La normativa sobre nacionalidad debe ser interpretada conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Tratados Internacionales que tengan incidencia en el derecho de la nacionalidad, puesto que la nacionalidad es un derecho fundamental de la persona, además de constituir un estado civil decisivo de la posición jurídica de la persona”.

⁵ Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁷ S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Nacionalidad y Registro Civil”, *Extranjería y Cooperación Judicial Internacional*, Madrid, Ediciones CISS, 2010, pp. 3-5, enumera las sucesivas reformas del CC en materia de nacionalidad: - Redacción originaria del CC

la Ley 18/1990, de 17 de diciembre⁸, los menores e incapaces no podían adquirir la nacionalidad española no automática o derivativa (por opción, carta de naturaleza o residencia)⁹. Pues, se consideraba que esta adquisición era un acto personalísimo¹⁰. Con esta modificación, se permitía, en fin, que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado pudiera optar en nombre de éstos. Esta última posibilidad venía a remediar una situación injusta, pues no era comprensible que no existieran términos hábiles para que una persona, incapaz para emitir por sí una declaración de voluntad, no pudiera adquirir la nacionalidad española que, quizá, era ya la de todos sus familiares. En cualquier caso, esta opción en nombre de otro (por el representante), como la concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza o residencia, por suponer un cambio en el estado civil de la persona incapacitada, quedaba sujeta a una autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal¹¹.

2. Las personas con discapacidad en la normativa internacional y nacional

6. ¿Pueden solicitar la adquisición de la nacionalidad española las personas extranjeras con discapacidad por sí, cuando tienen que declarar su voluntad para tal adquisición (por opción, carta de naturaleza o residencia legal)?

7. Hasta la actual reforma del Código Civil en la Ley 8/2021 “por la que se reforma la legislación civil y procesal con la intención de promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejerci-

de 1889 - Ley de 15 de julio de 1954 - Ley 14/1975, de 2 de mayo - Real Decreto 33/1978, de 16 de noviembre - Ley 51/1982, de 13 de julio - Ley 11/1990, de 15 de octubre - Ley 18/1990, de 17 de diciembre - Orden de 11 de julio de 1991 - Ley 15/1993, de 23 de diciembre - Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad - Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil - Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad - Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 - Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, Ley de Memoria Histórica, disposición adicional séptima: Adquisición de la nacionalidad española (vigente desde el 27 diciembre 2008 hasta el 27 diciembre 2010) - Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción internacional en su aspecto registral. También R. VIÑAS FARRÉ, loc. cit., pp. 289 y 290, sobre las reformas del derecho de la nacionalidad posteriores a la Constitución española de 1978.

⁸ Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990. Para un estudio de esta reforma *vid.* N. DÍAZ GARCÍA, *La reforma de la nacionalidad: Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Madrid, Civitas, 1991.

⁹ En el epígrafe II distinguiremos los distintos modos de adquirir la nacionalidad española.

¹⁰ Tal y como recoge, antes de la modificación, I. MILANS DEL BOSCH PORTOLES, “La adquisición de la nacionalidad española por los incapacitados. (Reflexiones en torno a un vacío legal)”, *Revista General de Derecho*, nº 552, 1990, pp. 6353-6354 y 6357-6358, que los supuestos de la adquisición no originaria de la nacionalidad española -opción, carta de naturaleza y residencia en España- tienen como nota común la exigencia de un acto volitivo por el interesado que se concreta en la declaración inequívoca del mismo de que quiere ser español...por otro lado, tras la reforma experimentada en nuestro Derecho de la nacionalidad en virtud de la Ley 51/1982 de 13 de julio, ha desaparecido la norma contenida en el antiguo artículo 19, por lo que la nacionalidad adquirida por carta de naturaleza o por residencia ya no se extiende a los hijos sujetos a patria potestad. Las consecuencias que se derivan de esta situación legal son especialmente graves con respecto a los incapacitados por deficiencias sensoriales o psíquicas profundas ya que estos, al ser muy remotas las posibilidades de recuperar la plena capacidad, presumiblemente nunca podrán adquirir la nacionalidad española. Además, en la Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reformó el Título Preliminar del Título primero del Libro primero del CC se suprimía el ejercicio de la facultad de optar por los representantes legales del menor. Evidentemente, como señala el autor, se iba en contra de los principios constitucionales de defensa de la dignidad de la persona (artículo 10), igualdad de los españoles ante la ley (artículo 14), protección integral de los hijos (artículo 39) e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49). En sus reflexiones, ya abogaba por una reforma, en relación con el carácter personalismo de los actos relacionados con la nacionalidad: “*carácter personalísimo, que, a nuestro juicio, debe entenderse con la flexibilidad suficiente como para que en supuestos como el que nos ocupa se permita su realización mediante representante y con el control de la autoridad pública*”. La Resolución de la Dirección de Registros y del Notariado de 18 de septiembre de 1986, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 31, 1986, pp. 70-72, afirmaba que, “*en principio, conforme a la ley española, el incapacitado profundo (como el menor de catorce años) no puede adquirir la nacionalidad española ni por opción ni por concesión, pues para ello se requiere declaraciones de voluntad, para las cuales, ni para su situación mental está capacitado, ni cabe la representación legal*”.

¹¹ Preámbulo de la Ley 18/1990.

cio de su capacidad jurídica”, de 2 de junio¹², como hemos señalado, se establecía que podían solicitarla pero siempre con representante legal. Con la nueva regulación pueden hacerlo por si mismas.

8. Esta reforma de la legislación civil en las materias que afectan a las personas con discapacidad¹³, entre ellas, la nacionalidad, de la que nos ocuparemos, está obligada por los instrumentos supraestatales y estatales:

9. La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad de 2006, suscrita en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada y publicada en España el 23 de noviembre de 2007 (en adelante Convención de 2006)¹⁴, junto a su Protocolo adicional¹⁵, que forman parte del ordenamiento español, proclaman que las personas con discapacidad son personas capaces, que solo requieren los apoyos necesarios para determinados actos o negocios jurídicos que no puedan realizar por si mismos¹⁶. Han concedido un nuevo estatus jurídico a las personas con discapacidad, como titulares de derechos en igualdad de condiciones y facultadas para su ejercicio, con los apoyos necesarios.

10. Así, el artículo 12 de la Convención de 2006 establece que, “*las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, cualquiera que sea su grado de discapacidad, y tienen derecho, también, a que se defina un derecho de apoyo de la capacidad jurídica para quien lo pueda necesitar*”¹⁷. Y este sistema deberá establecerse de forma que, se asegure el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, adaptado a sus circunstancias, y sujeto a control judicial.

11. La Observación General número 1 (2014) del Comité de expertos de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad dice que, las salvaguardas a las que se refiere el artículo

¹² BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Disposición final tercera: “La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

¹³ M^a V. MAYOR DEL HOYO, “La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales”, *Diario La Ley*, nº 9859, sección doctrina, 27 de mayo de 2021, p.3: “Puesto que la capacidad es uno de los pilares del Derecho privado, su modificación afecta a amplios sectores del mismo, que van a ser también objeto de reforma: Derecho internacional privado, nacionalidad, efectos de la separación, nulidad y divorcio, filiación patria potestad, emancipación, régimen económico matrimonial, posesión. Especialmente afectadas resultan algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos. Se cambia el concepto de imputación subjetiva de la responsabilidad. Y se modifican también las normas procesales y las normas registrales para adaptarlas al nuevo Derecho sustantivo. Esto significa que, además de la reforma del Código civil, que es la más extensa, se modifican también otras leyes: la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad e, incluso, el Código de comercio”.

¹⁴ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

¹⁵ BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008.

¹⁶ El Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos de 13 de enero de 2000, en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de los adultos que España no ha firmado ni ratificado, no regula normas de Derecho material que unifique los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, sin embargo, no se refiere ya a las personas incapaces. Así en el artículo 1. “El presente Convenio se aplicará, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses”. Sobre este Convenio, reseñamos los estudios más recientes: P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, nº 9779, sección doctrina, 27 de enero de 2021; S. ADROHER BIOSCA, “La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol.71, 2019, pp. 163-185; M^a C. CHÉLIZ INGLÉS, “Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional”, *Diario La Ley*, nº 9541, sección doctrina, 20 de diciembre de 2019; C. VAQUERO LÓPEZ, “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos y menores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

¹⁷ A. LEGERÉN-MOLINA, “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos”, en S. DE SALAS MURILLO y M^a V. MAYOR DEL HOYO (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 166, para este autor, las principales novedades que la Convención de 2006 implanta se refieren a la consagración del respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, y la introducción de los apoyos reemplazando al sistema de “sustitución de la persona” en la adopción de decisiones (artículo 12 Convención 2006).

12 deben ir dirigidas a garantizar que los apoyos respetan los derechos, la voluntad y preferencias de la persona¹⁸. El criterio del “interés superior” debe ser sustituido por el de la “*mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*” (aun cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona)¹⁹.

12. Respecto al derecho de adquisición y cambio de la nacionalidad, la Convención de 2006 dispone, en el artículo 18, que “*las personas con discapacidad accederán en condiciones de igualdad a la nacionalidad*”. Para ello, las personas con discapacidad dispondrán de “apoyos” y de “ajustes razonables” que permitan el ejercicio efectivo de ese derecho de adquisición. Y, tanto en caso de adquisición, como de pérdida, conservación o recuperación de la nacionalidad, cualquier discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. Así mismo, “*no serán privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad y tendrán libertad para salir de cualquier país, incluido el propio; y no se verán privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país*”.

13. En el ordenamiento jurídico español, la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención de 2006, modificó numerosas leyes, pero no se ocupó de las cuestiones de Derecho privado para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención de 2006 para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La disposición adicional séptima de la Ley 26/2011 daba un mandato al Gobierno para que remitiera a las Cortes un proyecto de ley de la adaptación al Convenio, para establecer “*las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen*”.

14. La Ley General de Derechos de personas con discapacidad y su inclusión social de 2013 (en adelante Ley de las personas con discapacidad)²⁰, es un Texto Refundido que regula cuestiones laborales y lo relativo a medidas de defensa jurídica frente a la discriminación por razón de discapacidad, pero no todas las modificaciones necesarias para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Se les continuaba considerando personas incapaces para realizar determinados actos jurídicos, como la adquisición o cambio de la nacionalidad española²¹.

¹⁸ L. C. PÉREZ BUENO y J. MARTÍN BLANCO, “Informe España 2017. Derechos Humanos y Discapacidad”, *Colección Convención ONU*, n° 22, 2018, p. 67, sobre el Comité de los Derechos de las personas con discapacidad de la ONU, que recomendó la revisión de las leyes que regulaban la incapacitación judicial y que se tomaran medidas para adaptar leyes por las que reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

¹⁹ Sin embargo, no hay desdeñar el interés superior de la persona con discapacidad. En este sentido estamos de acuerdo con M. PEREÑA VICENTE, “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en M. PEREÑA VICENTE (dir.), *La voluntad de la persona protegida*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 139, considera que el límite para determinar el mejor interés de la persona podría ser que “*la persona no pueda tomar una decisión que le exponga a un riesgo de sufrir un daño o perjuicio*”, y que “*no habría tomado, de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales*”. Y con M. PETIT SÁNCHEZ, “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n° 5, 2020, p. 286: “*Es por ello, por lo que estimamos se ha de tener en cuenta su voluntad, preferencias y deseos en primer lugar y de manera prioritaria, y, de forma secundaria y sin perder de vista el objetivo de su protección, su mejor o superior interés*”. Precizando más adelante (pp. 299 y 311) que es un interés subjetivo atendiendo a las particularidades concretas de la persona, teniendo en cuenta sus preferencias, valores y estilo de vida, y “*no debe verse esta actitud como un acto protector y paternalista sino como una medida de justicia y asistencia hacia la persona necesitada de apoyos*”.

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013). Este Texto Refundido es cumplimiento de un mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, para refundir, la Ley 13/1983, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad y la Ley 47/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad.

²¹ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 363: “*Sin embargo, los derechos a la libertad de circulación y de residencia, ampliamente reconocidos y desarrollados en el Derecho*

15. La Ley 1/2009, de 25 de marzo²², ya obligaba en la disposición final primera que deje de ser “incapacitación judicial” y pase a denominarse “procedimiento de modificación de la capacidad de obrar”, para su adaptación a las previsiones de la Convención de 2006.

16. En la Ley de las personas con discapacidad se introduce la disposición adicional duodécima por la Ley 12/2015, de 24 de junio (disposición final segunda), en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España²³. En esta disposición adicional duodécima de la Ley de las personas con discapacidad, atendiendo a lo dispuesto en la Convención de 2006, se anuncia la necesidad de reforma en materia de nacionalidad así, “*las personas con discapacidad accederán en condiciones de igualdad a la nacionalidad española. Será nula cualquier norma que provoque la discriminación, directa o indirecta, en el acceso de las personas a la nacionalidad por residencia por razón de su discapacidad. En los procedimientos de adquisición de la nacionalidad española, las personas con discapacidad que lo precisen dispondrán de los apoyos y de los ajustes razonables que permitan el ejercicio efectivo de esta garantía de igualdad*”.

17. Los instrumentos jurídicos, internacionales y nacionales, que regulan los derechos de las personas con discapacidad²⁴, persiguen evitar la ignorancia social y legal de la persona en situación de

internacional de los Derechos Humanos, continúan siendo derechos de difícil acceso para las personas con discapacidad. Ello se debe, no tanto a la posible injerencia externa, sino a la ausencia de medidas eficaces dirigidas a adaptar el ejercicio y disfrute de estos derechos a las necesidades concretas de estas personas. Por ese motivo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad regula dos derechos específicos sin cuya realización la efectividad del derecho a la libertad de circulación y residencia resultaría mermada: el derecho a la movilidad personal y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”.

²² Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009).

²³ Además, la Ley 12/2015, en la disposición final primera, modifica el artículo 23 del Código Civil, sobre los requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia, que sigue vigente tras la reforma por la Ley 8/2021.

²⁴ El artículo 1 de la Convención de 2006 dispone que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Y el artículo 2 de la Ley de las personas con discapacidad: “*a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta la reforma del Código Civil, como describe J. GÓMEZ TABOADA, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 255 y 256, había que distinguir entre incapacidad e incapacitación, “*La primera es una situación fáctica: nos encontramos con una persona, que, en principio, con arreglo a derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad, y, sin embargo, adolece de una serie de deficiencias que le impiden gobernarse de manera adecuada. La incapacitación aparece cuando se declara judicialmente ese estado (artículo 199 Código Civil). Distingue también este autor de una tercera categoría, la del discapacitado, que lo puede ser por causas psíquicas o físicas y que presupone una declaración administrativa y atribuye, en su caso, una serie de beneficios de índole diversa (fiscal, laboral...)*”. Para T.F. TORRES GARCÍA, “Discapacidad e incapacitación”, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 453 y 454, la discapacidad como situación en que puede encontrarse la persona física desde el ámbito civil es considerada con esta denominación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. El discapacitado es persona con capacidad de obrar, ya que dejar de serlo supone un proceso judicial, el de incapacitación y, en consecuencia, el nombramiento de un representante legal. Por el contrario, la calificación de una persona con discapacidad se obtiene a través de un procedimiento reglamentario, el cual, aunque surge para calificar el grado de minusvalía en el ámbito de los servicios sociales o Seguridad Social, se ha convertido en la norma de aplicación en todas las ramas del ordenamiento jurídico, por lo que cuando lo es a efectos civiles no es de extrañar que así sea, ya que se trata de definir qué es una persona discapacitada. Por ello se dice que se configura como un *tertium genus*: en un polo, la persona incapacitada judicialmente sujeta a representación legal, el presunto incapaz, y en el otro, la persona con discapacidad modulada con diversos matices, minusvalía psíquica, física o sensorial y con diversa intensidad. Para T.F. TORRES GARCÍA, “La incapacitación”, en M^a C. GETE-ALONSO Y GALERA (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 57-64, la incapacitación es aquella limitación de la capacidad de obrar establecida necesariamente por sentencia judicial cuando en la persona concurre alguna de las causas previstas en la ley; limitación que resulta de un proce-

discapacidad²⁵. De tal forma, que garantizan que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 1 de la Convención de 2006 y artículo 7 de la Ley de las personas con discapacidad). Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual (artículo 3 de la Convención de 2006, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones (artículo 3, a) Convención de 2006 y artículo 6 de la Ley de las personas con discapacidad))²⁶.

18. La Convención de 2006, siguiendo las recomendaciones del Comité de expertos de Naciones Unidas, ha conducido a la actual reforma del Código civil por la Ley 8/2021, cambiando totalmente de paradigma. La incapacidad, pues, ha desaparecido, ya no constituye un estado civil. Las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, aunque pueden presentar distintas circunstancias, y atendiendo a las mismas, requerir diferentes apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, que la autoridad competente de cada Estado debe determinar²⁷.

19. Con esta reforma, como establece la Exposición de Motivos (III) de la Ley 8/2021, “*no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”*”.

20. En términos generales, desaparece la incapacitación y la sustitución de la persona con discapacidad, para establecer “medidas de apoyo” en la toma de sus propias decisiones²⁸. Prevalcen las medidas voluntarias²⁹ (poderes o mandatos preventivos³⁰, o autcuratela³¹)³² a las tomadas por un órgano jurisdiccional (curatela)³³, si no existe guarda de hecho³⁴. Se regula también la curatela representativa

so que a tenor de la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, deja de ser de incapacitación judicial y pasará a denominarse procedimiento de modificación de la capacidad de obrar para su adaptación a las previsiones de la Convención de 2006. Dice también la autora, que este es uno de los sistemas de protección de la persona (regulado en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil), pero al lado de él hay un segundo sistema que estableció la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidad, no discriminación para proteger a los discapacitados no incapacitados judicialmente; y como tercer sistema de protección es el de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

²⁵ M. CORERA IZU, “Discapacidad y derecho al voto”, *Diario La Ley*, nº 9148, sección doctrina, 27 de febrero de 2018.

²⁶ N. ÁLVAREZ LATA y J. A. SEOANE RODRÍGUEZ, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, 2010, p.59, abogan por un sistema de apoyos flexible, variado y ajustado a las capacidades de la persona, cuya implantación eficaz necesita desplegar una serie de medidas que garanticen la autonomía de la persona y su protección a través de la actuación de los cuidadores y guardadores.

²⁷ A. GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº 10006, sección tribuna, 9 de Febrero de 2022, p.10: “*Pero deben ser dictámenes científicos y no corrientes abstractas de derechos humanos, convertidas en ley, los que sirvan de apoyo capital a la autoridad judicial para concluir si una persona precisa una curatela representativa (por ser imposible determinar su voluntad ex arts. 249 y 269 CC) o asistencial u otra medida”*”.

²⁸ El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

²⁹ Reguladas en los artículos 254 y 255 CC.

³⁰ En los artículos 256 a 262 CC.

³¹ Artículo 271 CC.

³² Medidas preventivas o *ex ante*. A. PAU, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, p. 14, las denomina medidas de autorregulación, que son uno de los criterios sobre los que se asienta la nueva regulación de la discapacidad en el Código civil, basada en disposiciones que pueda hacer la persona respecto a su propia y eventual discapacidad futura.

³³ Artículos 268 a 270 CC.

³⁴ Regulada en los artículos 263 a 267 CC. M^a V. MAYOR DEL HOYO, loc. cit., p. 2: “*Cuando se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la posibilidad de que se le conceda una autorización judicial ad hoc, con el fin*”

(artículo 269.3 CC)³⁵, cuando es necesario en caso de demencias severas³⁶, y la figura del defensor judicial (artículo 295 CC). Lo que conlleva desplazar el modelo de discapacidad basado en la sustitución de la voluntad, por un nuevo modelo, llamado de apoyo, que debe adaptarse a cada persona y a cada decisión³⁷. En la adquisición de la nacionalidad, se prevén también, como veremos, los ajustes de procedimiento³⁸, que garanticen su ejercicio efectivo en condiciones de igualdad.

21. Los artículos del Código civil modificados en relación con la adquisición de la nacionalidad española por las personas extranjeras con discapacidad responden a los dictados de los artículos 12 y 18 de la Convención de 2006, que insta a todos los Estados parte, entre ellos España, a adoptar todas las medidas legislativas que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención³⁹, entre ellos, la libertad y el derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad.

22. Del mismo modo, las modificaciones del Código civil en la regulación de la adquisición, atiende a lo previsto en la disposición adicional duodécima de la Ley de las personas con discapacidad: la igualdad con las personas capaces y la no discriminación en el acceso a la nacionalidad española de las personas con discapacidad, siendo prioritario ofrecer a estas personas extranjeras los apoyos necesarios y los ajustes razonables para la efectividad de esta garantía de igualdad.

23. Se modifican, pues, las normas del Código civil en materia de la nacionalidad para adaptarlas a los instrumentos internacionales y a las leyes especiales. En este estudio analizaremos la actual regulación, para determinar si los requisitos para solicitar y adquirir la nacionalidad española, por opción, carta de naturaleza o residencia, son los mismos para las personas extranjeras con discapacidad, así como en el caso de pérdida, conservación y recuperación de la nacionalidad española.

24. Veamos, cómo y en qué se ha modificado la regulación de los artículos del Código civil en materia de nacionalidad, siguiendo las directrices normativas apuntadas.

de evitar que se abra un procedimiento general de provisión de apoyos. Se dota, en definitiva, a esta guarda de entidad propia como categoría de institución de apoyo”.

³⁵ En este caso, el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica que proclama el artículo 12 de la Convención de 2006 tendría que contener la representación (“*las medidas de salvaguardia serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*”). Como sostiene M. PEREÑA VICENTE, “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, nº 4. 2016, p. 11, el apoyo es la finalidad que se pretende, y a tal fin habrán de especificarse las medidas que resulten pertinentes (conforme al artículo 12.3 de la Convención de 2006). El funcionamiento de esta curatela representativa se dispone en los artículos 285 a 287 CC.

³⁶ M. PETIT SÁNCHEZ, loc. cit., p. 269, como defiende esta autora: “*Desde nuestro punto de vista, creemos que no debe ser incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos, con el reconocimiento a su integridad y dignidad en igualdad de condiciones que el resto, con la necesaria obligación, en determinados casos, de prestarles asistencia y ayuda, y considerarlos por tanto como sujetos necesitados de protección*”. En el mismo sentido, R. LÓPEZ SAN LUIS, “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2020, p. 117: “*los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones*”.

³⁷ J.L. CASTRO GIRONA MARTÍNEZ, *El artículo 12 de la Convención de derechos de personas con discapacidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 70 y 71, sobre las características del nuevo sistema de provisión de apoyos,

³⁸ El Proyecto de 17 de julio de 2020 (Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 27-1), solo se refiere a los apoyos, los ajustes de procedimiento se han introducido en la Ley 8/2021.

³⁹ A. GARCÍA PONS, “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, nº 1, 2013, p. 143, en sus conclusiones: “*Todo esto lleva consigo un cambio legislativo importante, puesto que ya no será como hasta ahora, que el ámbito de la representación y asistencia legal determinaba por exclusión la esfera reservada a la posible actuación de la persona con discapacidad. En lo sucesivo deberá ser al revés: será el ámbito de capacidad jurídica de la persona, y la consiguiente potenciación de la misma, de su autonomía personal y autodeterminación, el que delimite la concreta actuación de los mecanismos de apoyo que se instauran*”. De forma que la persona con discapacidad pueda desarrollar en lo posible su propia personalidad y autonomía.

II. Los requisitos para la solicitud de la adquisición de la nacionalidad española y su aplicación a las personas extranjeras con discapacidad

25. La adquisición de la nacionalidad española en nuestro Código civil⁴⁰, puede ser de “origen” (artículos 17, 19 y 20. 1 b)⁴¹ y “no de origen” (artículos 20, 21 y 22). La diferencia entre una y otra viene establecida en el artículo 11 de la Constitución: ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad y puede acceder a la doble nacionalidad cuando adquiriera la nacionalidad de los países con los que España tiene una especial vinculación⁴², sin perder la nacionalidad española de origen; además solo el español de origen pueden ser tutor del Rey (artículo 60 de la Constitución)⁴³.

26. También hay que distinguir, y es aquí lo que nos interesa, entre la adquisición de la nacionalidad española “automática” -*ex lege*, sin necesidad de solicitud por el interesado: adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis*, incluida la filiación por adopción del menor de dieciocho años, y por *ius soli* (artículos 17 y 19.1 CC)-, de la adquisición de la nacionalidad “no automática” o “derivativa”. En la adquisición de la nacionalidad derivativa se incluyen aquellos supuestos en que sí es necesario la solicitud y, por tanto, la declaración de voluntad del interesado, aunque la nacionalidad sea originaria (cuando la filiación o nacimiento se determine a los dieciocho años o por adopción del mayor de dieciocho años): adquisición de la nacionalidad por opción, por carta de naturaleza y por residencia legal (artículos, 20, 21 y 22 CC).

27. Antes de la reforma del Código civil, por la Ley 8/2021, una persona extranjera con discapacidad no podía por si misma solicitar la adquisición de la nacionalidad española por opción, por carta de naturaleza o por residencia legal en España.

1. La adquisición de la nacionalidad española por opción

A) Aspectos conceptuales

28. Como sostiene Álvarez González⁴⁴, la adquisición de la nacionalidad española por opción es un derecho potestativo o de configuración jurídica que determina el acceso a dicha nacionalidad mediante un acto de voluntad del interesado cuando concurren determinados requisitos.

⁴⁰ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURAN AYAGO y B.L. CARILLO CARILLO, *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid, Colex, 2008; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, Ediciones GPS, 2015; A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Manual práctico orientativo de Derecho de la Nacionalidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2017; E. FERNÁNDEZ MASIÁ (dir.), *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

⁴¹ Durante la vigencia de la Ley 52/2007 (Ley de Memoria Histórica), por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. La disposición adicional séptima de la Ley de Memoria Histórica, estableció que las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrían optar a la nacionalidad española de origen si formalizaban su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la disposición adicional, dicho plazo podría ser prorrogado por acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año (lo que hizo la disposición final sexta de la Ley del Registro Civil 20/2011); y, este derecho también se reconocía a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

⁴² Todos los países iberoamericanos, Portugal, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y los sefardíes originarios de España (artículos 23 b) y 24.1 CC).

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad. Estudio práctico*, Granada, Comares, 2011, p. 36, “La diferencia entre estos dos tipos de españoles no es inconstitucional. En efecto, es la misma Constitución la que establece la mencionada distinción. Ello opera como excepción al art. 14 CE 1978. Otra cosa es la diferencia de tratamiento jurídico sea justa o no lo sea a los ojos de un observador externo a la Constitución. Se puede criticar que la CE 1978 admita «diferencias legales» entre los españoles, pero dicha distinción es perfectamente ajustada a Derecho. La Ley no puede tampoco crear otras categorías de españoles, con sus correspondientes status jurídicos, distintas a las de españoles de origen y españoles no originarios”.

⁴⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, loc. cit., p. 377.

29. El derecho de opción, por tanto, es un derecho subjetivo, que existe siempre que se cumplan los requisitos sustantivos o personales (artículo 20. 1 CC), se den las condiciones para su ejercicio o modos de la declaración de opción por el sujeto dentro de los plazos previstos (artículo 20. 2 CC), y concurren los requisitos formales comunes a los otros modos de adquirir la nacionalidad española (artículo 23 CC).

30. El artículo 20.1 CC establece, en primer lugar, que tienen derecho a optar por la nacionalidad española, las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español (que al nacer el optante era extranjero); en segundo lugar, aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España; y, en tercer lugar, aquellas cuya filiación o el nacimiento en España se produzca después de los dieciocho años de edad (artículo 17.2 CC) o sean adoptadas por un español a partir de esa edad (artículo 19.2 CC).

31. Es un modo de adquisición que favorece a los extranjeros que tienen cierta vinculación o arraigo con España, pero, como mantiene Carrascosa González⁴⁵, a los que no se les puede atribuir la nacionalidad española automática, directa, o *ex lege*, pues se trata de personas extranjeras mayores de edad (no se les puede imponer la nacionalidad española) o porque la vinculación que presentan esas personas no demuestra certeza acreditada de la filiación o nacimiento en España. Por ello, se requiere de la voluntad de la persona, esto es, una declaración unilateral de voluntad de la misma que, hallándose en condiciones, se decida adquirir la nacionalidad española.

B) Solicitud de la adquisición por opción de las personas extranjeras con discapacidad

32. Las personas extranjeras con discapacidad, que ostentan el derecho de opción, tras la Ley 8/2021 pueden solicitar adquirir la nacionalidad española (dentro de plazo y cumpliendo los requisitos formales). Así dispone el artículo 20. 2 CC que la declaración de opción se formulará por “*d) el interesado con discapacidad con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise*”, o por “*e) el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad*”.

33. Antes de la reforma, los incapacitados se asimilaban a los menores de edad y podían adquirir la nacionalidad española ejercitando el derecho de opción con representante legal (a partir de la Ley 18/1990).

34. Así, el derecho de opción del menor de catorce años o del incapacitado requería la previa autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del representante legal que formulara la declaración, con intervención del Ministerio Fiscal y en interés del menor o del incapacitado⁴⁶.

35. La opción solo podía ejercitarse por la persona extranjera optante si era mayor de dieciocho años, o estaba emancipado (según su ley nacional: artículo 9. 1 CC), porque solo estas personas eran consideradas capaces para ejercitar este derecho⁴⁷; pues, si era menor o persona incapacitada, se requería

⁴⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 108.

⁴⁶ La Instrucción Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de marzo 1991 (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1991), determinó el ejercicio de este derecho de opción, destacando: “*Cuarta. la autorización para que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado pueda optar, en nombre de estos, por la nacionalidad española es una actuación registral, sometida a las normas de los expedientes del registro civil. Tal autorización, aunque la inscripción de la opción haya de extenderse en otro registro, corresponde siempre concederla al juez o cónsul encargado del registro civil del domicilio del declarante*”.

⁴⁷ La opción caducaba a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongaba hasta que transcurrieran dos años desde la emancipación. En el caso de la persona extranjera incapaz, la opción caducaba a los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad (según su ley nacional: artículo 9. 1 CC), se exceptuaba el caso en que hubiera caducado el derecho de opción. No obstante, el ejercicio

que la opción se realizase por el representante legal y, además, previa autorización del Encargado del Registro Civil y dictamen del Fiscal⁴⁸.

36. Para determinar si la persona extranjera estaba incapacitada se aplicaba su ley nacional (conforme dispone la norma de conflicto del artículo 9. 1 CC), sin embargo, para acordar la ley aplicable a la representación legal, el operador jurídico patrio tenía que adaptar y aplicar el artículo 9.6 CC, apartado segundo, relativo a las medidas de protección de las personas mayores⁴⁹, que establecía que se determinaría por la ley de su residencia habitual, y en caso de cambio de residencia habitual a otro Estado por la ley de la nueva residencia (se aplicaba la ley española para las medidas de protección provisionales o urgentes).

37. En el supuesto de menor que tuviera catorce años, o más, o cuando a la persona extranjera incapacitada se lo permitiera una sentencia de incapacitación, según su ley nacional, podían optar por sí mismos, aunque asistidos por su representante legal⁵⁰.

38. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN) de 18 de septiembre de 1986, puso de manifiesto que no comprendía como una persona incapaz no podía, por sí, adquirir la nacionalidad española, cuando todos sus familiares eran ya españoles⁵¹. Por otra parte, como el ejercicio de la opción es personalísimo, quedaba excluida la posibilidad de optar mediante poder conferido a tercero (representación voluntaria), prohibición tradicional en Derecho español (RDGRN de 15 noviembre de 1927)⁵².

39. Se evidenciaba que, las exigencias de estos requisitos, para solicitar la adquisición de la nacionalidad española por opción de las personas extranjeras incapacitadas, vulneraba lo dispuesto en el Convenio de 2006: la persona con discapacidad es capaz, y hay que tener en cuenta su voluntad, deseos y preferencias. La persona con discapacidad, que se encuentre dentro de las situaciones que dan derecho, podría optar por la nacionalidad española en igualdad de condiciones que otra persona extranjera y solo en el caso que necesite ayuda, poder prestársela. Es la solución dada en la nueva redacción del artículo 20. 2 CC.

40. Así, dispone el actual artículo 20. 2 CC, subapartados d) y e), respecto a quiénes pueden formular la declaración de opción, que podrá ser el propio el interesado con discapacidad con los apoyos

del derecho de opción por aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, no estaba sujeto a límite de edad alguna; y si se trata de filiación o nacimiento en España o adopción por un español, de los mayores de dieciocho años el plazo de caducidad era de dos años a contar desde la determinación o desde la constitución de la adopción. Con la reforma se mantienen dichos plazos, no obstante, no se hace mención a la persona extranjera incapacitada, ni a la recuperación de la plena capacidad, se sustituye por (artículo 20.2 CC): “e) por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad”.

⁴⁸ La regulación cuando prestan declaración los menores de catorce años ha variado también con la reforma, pues dispone el artículo 20. 2 CC, “La declaración de opción se formulará: a) Por el representante legal del optante menor de catorce años. En caso de discrepancia entre los representantes legales del menor de catorce años sobre la tramitación de la declaración de opción, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto”.

⁴⁹ La ley aplicable a la protección de menores se determinará, para los Estados que lo han firmado y ratificado, de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (artículo 9.6 apartado 1º, CC). El artículo 9. 6, apartado 2º, CC fue reformado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015), refiriéndose a las personas “mayores” y ya no a los incapacitados, sin embargo, mantiene el modelo de sustitución imperante antes de la reforma. Este artículo 9. 6 CC, apartado 2º, ha sido de nuevo modificado adoptándose al modelo de apoyos demandado por la Convención de 2006 (como se reproduce en la nota a pie 54).

⁵⁰ Si se aplicaba la ley española, la solicitud por el representante legal solo era procedente cuando se promoviese la incapacitación judicial (anterior artículo 199 CC), y, por tanto, solo en este caso se requeriría autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

⁵¹ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 31, 1986, pp. 70-72.

⁵² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 131.

y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise; o el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad.

41. Es decir, la persona extranjera con discapacidad puede solicitar adquirir la nacionalidad española por opción⁵³, siempre que tenga derecho conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 20 CC, y puede precisar, en primer lugar, y en su caso, “medidas de apoyo”. Como es una persona extranjera, la ley de su residencia habitual (y en caso de cambio de Estado, la ley de la nueva residencia habitual), a la que remite el nuevo artículo 9. 6, apartado 2º, CC⁵⁴, determinará las “medidas de apoyo” o el modo en que deben intervenir los representantes legales, y sus atribuciones y facultades (“*sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados*”). Si la ley aplicable es la ley española, “las medidas de apoyo” previstas en nuestro ordenamiento civil, tal y como indicamos, son: bien voluntarias otorgadas ante Notario (poderes o mandatos previos, o la autocratela); o judiciales (como las instituciones de la curatela o el defensor judicial), o el guardador de hecho; pero procurando no sustituir la voluntad de la persona extranjera con discapacidad, respetando siempre sus derechos y preferencias: aunque la Convención de 2006 pretende que nunca se sustituye a la persona con discapacidad, a veces es necesario acudir a la curatela representativa (artículo 269 CC) para que pueda ejercitar determinados derechos, de otra forma quedaría desprotegida.

42. Se regula también, en la modificación del subapartado d) del apartado 2º del artículo 20 CC, que la persona con discapacidad puede requerir “ajustes en el procedimiento” para este modo de adquirir la nacionalidad; precisión que no aparecía en el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 de la reforma la legislación civil para promover el apoyo a las personas con discapacidad, pero que se dispone en el artículo 18 de la Convención de 2006. Ello implica las adaptaciones necesarias en el proceso administrativo para que la persona con discapacidad pueda solicitar la adquisición de la nacionalidad española por opción en igualdad de condiciones. Como señala la Observación General del Comité de expertos de Naciones Unidas de 2014, en el sistema de apoyos a las personas con discapacidad se puede incluir la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad.

43. Debemos añadir que en el subapartado e) del artículo 20.2 CC, se establece que, si durante el periodo de las medidas de apoyo la persona con discapacidad no ha ejercitado su derecho de opción, podrá ejercitarlo por sí sola dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo.

La adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza

44. La nacionalidad española se puede adquirir por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente por el Gobierno, mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales (artículo 21. 1 CC)⁵⁵.

⁵³ Con independencia que la ley nacional del extranjero, que es la que determina si una persona física extranjera es capaz o no (artículo 9.1 CC), estableciese la incapacitación de esta persona o que no es capaz para ejercitar ningún derecho. En este caso si la persona extranjera tiene derecho a optar por la nacionalidad española, el artículo 20.2 CC defiende el principio de igualdad y no discriminación de la persona capaz e incapaz (tal y como obliga la Convención de 2006) para ejercitar por sí misma este derecho de opción, con medidas de apoyo si es preciso, y, por tanto, es una norma imperativa que se aplica como límite *a priori* de la norma de conflicto del artículo 9. 1 CC. Por otra parte, la ley extranjera que no facultara a esta persona con discapacidad para ejercitar sus derechos vulneraría el orden público del foro, y “*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*” (artículo 12. 3 CC).

⁵⁴ Conforme a la Convención de 2006, en cuanto a que se refiere a las “personas con discapacidad” y cuando sean necesarias a las “medidas de apoyo”, la reforma del Código civil, por la Ley 8/2021, del segundo apartado del artículo 9. 6 CC pasa a tener la redacción siguiente: “*La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección*”.

⁵⁵ Respecto a la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza y su utilización, en la práctica en tres supuestos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURAN AYAGO y B. L. CARILLO CARILLO, op. cit., p. 107: primero, sujetos en los que concurren imperfectamente las circunstancias que permiten acceder a la nacionalidad española por las vías objetivamente tipificadas (cónyuge del español que reside en el extranjero); segundo, sujetos que presentan un grado de arraigo en España similar al que

45. En este caso, en la regulación anterior a la reforma también era necesario la solicitud del interesado, con iguales condiciones personales que las reguladas en el derecho de la adquisición de la nacionalidad española por opción. Así se disponía en la antigua regulación del artículo 21.3 CC que “la solicitud se formulará: por el propio interesado emancipado o mayor de dieciocho años; por el mayor de catorce años asistido por su representante legal; por el representante legal del menor de catorce años; y por el representante legal del incapacitado (el representante legal sólo podía formular la solicitud si previamente había obtenido autorización del Encargado del Registro Civil y dictamen del Ministerio Fiscal), o el incapacitado, por si solo y debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación” (conforme a su ley nacional (artículo 9.1 CC)).

46. De tal forma que, en el supuesto de persona extranjera incapacitada, había que tener en cuenta lo que dispusiese la sentencia de incapacitación, según su ley nacional, para poder solicitar la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, y era necesario, también, determinar la persona que lo asistiese o representase, conforme a la ley de la residencia habitual (anterior regulación del artículo 9.6, apartado 2º, CC).

47. Con la reforma, la persona extranjera con discapacidad podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza por si misma con los apoyos y con los ajustes del procedimiento que, en su caso, sean necesarios (en el subapartado d) del artículo 21.3 CC⁵⁶). Al igual que para solicitar la adquisición de la nacionalidad española por opción.

48. La tramitación de la solicitud de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza origina un expediente regulado por la legislación registral y no administrativa. La instrucción del expediente corresponde a la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, actualmente). Su tramitación es similar a la concesión de la nacionalidad española por residencia⁵⁷, si bien la carta de naturaleza se otorga por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto (artículo 21.1 CC y artículo 223 Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC)⁵⁸), que se publica en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y debe ser igualmente comunicada al interesado⁵⁹.

49. Por otra parte, como esta vía para adquirir la nacionalidad española no solo requiere solicitud por la persona interesada, sino también que se conceda por el Consejo de Ministros, puede ocurrir que el Gobierno al otorgar la nacionalidad española discrecionalmente, hubiera incurrido en arbitrariedad o falta de interés público⁶⁰. En el supuesto que no se concediera, la persona con discapacidad podrá recurrir judicialmente la decisión gubernamental. Si es una persona extranjera con discapacidad la ley española ya no regula la necesidad de representante legal, podrá recurrir la propia persona con discapacidad, pero

en otros supuestos permite acceder a la nacionalidad española (padres extranjeros encargados de menores españoles); tercero, sujetos a los que se premia con la nacionalidad española en atención a sus méritos de distinta naturaleza (culturales, científicos, políticos, humanitarios, deportivos...). Todas estas causas pueden concurrir en las personas con discapacidad para que se les pueda conceder la nacionalidad española por carta de naturaleza, pero tienen que solicitarla.

⁵⁶ En la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza, la solicitud podrá formularla, tras la reforma por la Ley 8/2021 del artículo 21. 3 CC:

a) El interesado emancipado o mayor de dieciocho años.

b) El mayor de catorce años asistido por su representante legal.

c) El representante legal del menor de catorce años. En caso de discrepancia entre los representantes legales sobre la solicitud de nacionalidad por residencia, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto.

d) El interesado con discapacidad con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise”.

⁵⁷ En el siguiente epígrafe.

⁵⁸ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, modificado por el artículo 1 del Real Decreto 3455/1977, de 1 de diciembre (BOE núm. 21, de 25 de enero de 1978) y por el artículo 1 del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto (BOE núm. 225, de 19 de septiembre de 1986).

⁵⁹ Tal derecho está sometido a un plazo de caducidad de ciento ochenta días (artículo 21. 4 CC), dentro de los cuales la persona interesada deberá cumplir, ante el Encargado del Registro Civil, los requisitos formales del artículo 23 CC.

⁶⁰ Expresamente, establece la Convención de 2006 en su artículo 18. 1 b), que los Estados parte deben asegurar que las personas con discapacidad no sean privadas de su nacionalidad “de manera arbitraria o por motivos de discapacidad”.

necesitará de los apoyos dependiendo de sus circunstancias⁶¹: en el nuevo artículo 7 bis⁶² de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁶³, que se introduce también en la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶⁴, se regulan las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta, y que se llevarán a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Adicionalmente, se menciona expresamente que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste.

50. Si se concede la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, el artículo 21. 4 CC exige que la persona interesada comparezca en el plazo de ciento ochenta días ante el funcionario competente para cumplir los requisitos del artículo 23 CC, que también se exigen para la adquisición de la nacionalidad española por opción y por residencia, y que analizaremos conjuntamente, en cuanto también interesa la declaración de voluntad de la persona extranjera con discapacidad.

3. La adquisición de la nacionalidad española por residencia

51. Dispone el artículo 21. 2 CC que la nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo 22 CC y “*mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional*”.

52. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere solicitud de la persona extranjera interesada, tal y como lo regula el artículo 21.3 CC⁶⁵.

53. La adquisición de la nacionalidad española por residencia es una adquisición de la nacionalidad no automática, ni *ex lege*, al igual que la adquisición por opción o por carta de naturaleza requiere solicitud de la persona extranjera. En la anterior regulación se exigían los mismos requisitos personales que los dispuestos para la solicitud de la nacionalidad por carta de naturaleza. Tal y como disponía la anterior redacción del artículo 21. 3 CC, se podía solicitar por el propio interesado emancipado o mayor de dieciocho años, por el mayor de catorce años asistido por su representante legal, por el representante legal del menor de catorce años, y por el “representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación”⁶⁶. El representante legal sólo podía formular la solicitud de adquisición de la nacionalidad por residencia si previamente había obtenido autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal (anterior artículo 21.3 d) CC).

⁶¹ En caso de poder para pleitos, la ley nacional determinará la capacidad para otorgar el poder (artículo 9.1CC). Si el poder se otorga en el extranjero, para que tenga efectos en España será necesario que cumpla los requisitos del país donde se otorgó y que sea legalizado o apostillado (artículo 323 LEC) y traducido (artículo 144 LEC).

⁶² Además de este nuevo artículo 7bis, la Ley 8/2021, modifica los apartados 1 y 2 del artículo 7, que quedan redactados como sigue: “1. *Podrán comparecer en juicio todas las personas.* 2. *Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas*”.

⁶³ Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

⁶⁴ Ley 15/2015 de 2 de julio (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

⁶⁵ Del mismo que la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza.

⁶⁶ Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2020 (31ª). *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXV, núm.2239, abril 2021, en los fundamentos de Derecho: “*Se plantea en este expediente si procede o no otorgar autorización por parte del registro a los progenitores de una persona discapacitada mayor de edad para poder solicitar posteriormente la nacionalidad española por residencia en su nombre. El encargado del registro denegó la autorización por considerar que no se había acreditado la imposibilidad de que la interesada solicite la nacionalidad por sí misma, dado que el certificado de discapacidad aportado inicialmente solo aludía a dificultades de movilidad*”. La DGRN deniega el recurso y confirma la denegación recurrida porque “*no consta es que su representación legal corresponda efectivamente a los progenitores una vez que la hija alcanzó la mayoría de edad, para lo que es preciso obtener la correspondiente resolución judicial que determine el grado de incapacitación, concepto distinto de la discapacidad reconocida por instituciones médicas y servicios sociales*”.

54. La actual regulación del artículo 21. 3 CC faculta a la persona extranjera con discapacidad para solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia, cuando concurren el resto de los requisitos, con medidas de apoyo y los ajustes de procedimiento, que, en su caso, precise, pero sin sustituir su declaración de voluntad (artículo 21. 3 CC, subapartado d)).

55. Para conceder a la persona extranjera la adquisición de la nacionalidad española por residencia, es necesario, como requisito objetivo, que se cumplan los plazos de residencia legal en España, exigidos por el artículo 22. 1 CC: de diez años para todos los extranjeros, de cinco años para las personas refugiadas que se encuentren en España, de dos años para las personas nacionales de origen de países con especial vinculación histórica con España (iberoamericanos, andorranos, filipinos, guineanos, portugueses, o sefardíes).

56. Y solo es necesario el tiempo de residencia legal de un año para las siguientes personas extranjeras (artículo 22. 2 CC): para el que haya nacido en territorio español (no puede adquirir la nacionalidad por *ius soli* porque no se dan las circunstancias del artículo 17 CC); el que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar; el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con española o española (y no estuviere separado legalmente o de hecho); el viudo o viuda de española o español (si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho); el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles. Y, “*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 continuare en esta situación en el momento de la solicitud*”, circunstancia modificada por la Ley 8/2021.

57. Por tanto, si se aplica la ley española, *lex causae* (artículo 9.6 CC), tal y como dispone la reforma del Código civil, los menores extranjeros⁶⁷ podrán estar sujetos a la tutela o al acogimiento familiar de un persona o institución española o los mayores extranjeros con discapacidad a la curatela representativa o la guarda⁶⁸ de un español⁶⁹ durante dos años, y, así, el tiempo de residencia para adquirir la nacionalidad española se reduce a un año.

58. En todos estos supuestos la residencia, además de legal⁷⁰, ha de ser continuada e inmediatamente anterior a la petición (artículo 22. 3 CC)⁷¹.

⁶⁷ El Convenio de La Haya de 1996 determina la ley aplicable, en el capítulo III (del artículo 15 al artículo 22).

⁶⁸ Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURAN AYAGO y B. L. CARILLO CARILLO, op. cit., p. 95, no obstante, antes estaban excluidas la guarda de hecho y el defensor judicial. Cabía igualmente, que la institución de guarda se hubiese constituido en el extranjero.

⁶⁹ La Ley 8/2021 modifica el Título IX del Libro Primero, relativo a la tutela y la guarda de los menores (artículos 199 a 238 CC). Así la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

⁷⁰ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Comentarios al artículo 22 CC”, en M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t.I, vol. III, Madrid, 1993, pp. 297 y 331, solo exige la situación de hecho, estar asentado en España, tener en España la sede o morada, y se cumple, aunque se viva en situación provisional como trabajador o estudiante. Sin embargo, se dispone expresamente en este artículo que la residencia sea legal, es decir deben cumplirse los requisitos establecidos por la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y, parcialmente, por leyes posteriores, la última por la Ley 6/2018, de 4 de septiembre).

⁷¹ La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 4099/2021) especifica que “*el requisito de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior establecido en el art. 22 del Código Civil para la adquisición de la nacionalidad española por residencia no puede entenderse cumplido al tiempo de la solicitud en aquellos supuestos en los que se invoca para su adquisición una autorización de residencia obtenida de forma fraudulenta, aunque el fraude, ocultado al solicitar la nacionalidad, sea constatado por la Administración después de haberla concedido, determinando entonces la extinción de aquella autorización*”.

59. Además, se exige, a la persona extranjera, solo para la adquisición de la nacionalidad española por residencia: “buena conducta cívica” y “el suficiente grado de integración en la sociedad española” (artículo 22. 4 CC)⁷².

60. En lo que se refiere a la persona con discapacidad, nos fijamos también, en la regulación para adquirir la nacionalidad española por residencia, en las exigencias necesarias para que se cumplan los requisitos del artículo 22. 4 CC relativos a la “buena conducta cívica” y “el suficiente grado de integración en la sociedad española”, regulados en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre⁷³, por el que se aprueba el Reglamento relativo al procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia⁷⁴. Pues el artículo 22.4 CC no proporciona indicaciones específicas al respecto: ni se define el concepto “suficiente grado de integración en la sociedad española”, ni se proporcionan los criterios necesarios para acreditar si la persona tiene “grado suficiente de integración en la sociedad española” o no⁷⁵.

61. En este Reglamento se fija este concepto indeterminado (la “buena conducta” se refiere, fundamentalmente, a no tener antecedentes penales): con el “grado de integración” se alude a la superación de pruebas objetivas sobre conocimiento del idioma español (DELE) y sobre nociones básicas de nuestra Constitución, la organización administrativa y territorial de España y de la cultura, la historia y la sociedad española (CCSE)⁷⁶.

⁷² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., pp. 156 y 157: “la acreditación de estos dos extremos (buena conducta e integración en la sociedad española) sólo se exige en los casos de adquisición de la nacionalidad española por residencia y no en otros casos (como en la adquisición de la nacionalidad española por opción, por ejemplo). La exigencia de estos dos extremos se justifica porque el sujeto que desea adquirir la nacionalidad española por residencia no presenta ningún otro elemento de vinculación previo con la sociedad española (a diferencia de lo que ocurre con los que optan a la nacionalidad española, que si están de algún modo vinculados con España, de modo que es ahora el momento de requerir dicho elemento de vinculación al solicitante de la nacionalidad española por residencia”. M^a M. VIDAL GALLARDO, “La necesaria integración en la sociedad española para la adquisición de la nacionalidad por residencia”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 58, 2021, pp. 53-68.

⁷³ BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2015. En la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se establecía en la disposición final séptima, que el procedimiento para la concesión de la nacionalidad española por residencia se regiría: “por lo dispuesto en el Código Civil, por lo previsto en esta disposición y en el reglamento que la desarrolle”. Y regulaba, en la disposición final octava, que, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, se aprobaría “el reglamento por el que se regulase el procedimiento electrónico para la obtención de la nacionalidad española por residencia”. Prevalecerá el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia sobre lo dispuesto en los artículos 220 a 224 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (disposición final segunda del mencionado Real Decreto).

⁷⁴ Como establece su Exposición de Motivos, el presente Real Decreto desarrolla “un procedimiento de carácter netamente administrativo, basado en la tramitación electrónica en todas sus fases, que permita acortar sensiblemente los plazos de resolución. El procedimiento, iniciado a solicitud del interesado, se instruye por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y finaliza con la resolución del Ministro de Justicia. Cuando la solicitud se presente en formato electrónico, se acompañará de la documentación preceptiva, debidamente digitalizada, en los términos previstos por la normativa de procedimiento administrativo común. En la búsqueda de un procedimiento más ágil que el actual, se ha considerado esencial la colaboración de aquellos colectivos y entidades que, debidamente habilitados mediante un convenio de habilitación para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados, apliquen los sistemas electrónicos de tramitación y sistemas de comunicación de los que ya disponen. En ese marco, se pretende facilitar al solicitante, sea interesado o representante, la tarea de recoger y digitalizar, convirtiendo a formato electrónico la documentación necesaria a efectos de su remisión al órgano competente, así como garantizar la conservación de los documentos y su puesta a disposición de la Administración cuando la misma lo requiera”.

⁷⁵ Antes, como advierte J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 177, “(se) observa, preocupantemente, que la jurisprudencia española actúa de modo pretoriano, sin reglas generales fijas caso por caso. Supuestos muy similares se han resuelto de modo distinto. Los tribunales examinan los datos del caso en juicio en torno a la presencia o ausencia de un grado suficiente de integración del solicitante en la sociedad y emiten su veredicto sobre su integración en la española. Los datos se valoran libremente por los tribunales de instancia, que son soberanos al respecto”. Y enumera ejemplos de la jurisprudencia (pp. 177-183) donde existen determinados datos que deben concurrir, de modo necesario, aunque no suficiente, en dicho solicitante para poder afirmar que éste presenta un grado suficiente de integración en la sociedad española.

⁷⁶ El Real Decreto incluye, en el artículo 6, previsiones relativas a la regulación de las pruebas objetivas tanto de diplomas de español como lengua extranjera (DELE), como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE), diseñadas y administradas, de conformidad con el penúltimo párrafo del apartado 3 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, por el Instituto Cervantes, de acuerdo con su normativa específica, y conforme al Real Decreto 1137/2002, de 31 de

62. En el supuesto que una persona extranjera con discapacidad solicite la adquisición de la nacionalidad española por residencia, estos requisitos del artículo 22.4 CC y desarrollados por el Reglamento relativo al procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, se adecuan a la misma para garantizar la igualdad de todas las personas⁷⁷. (Frente a lo dispuesto en la Sentencia de Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2013⁷⁸, anulada, con acierto, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre 2015 (RJ 2015/4543)⁷⁹).

63. Así, atendiendo a las personas con discapacidad, dispone el artículo 6 del Reglamento relativo al procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, en sus apartados sexto y séptimo, que a efectos de acreditar el “suficiente grado de integración en la sociedad española” requerido por el apartado 4 del artículo 22 del Código Civil, los representantes legales de las “personas con capacidad modificada judicialmente” deberán aportar los certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el interesado. Dichos certificados se aportarán junto con el resto de los documentos justificativos, sin perjuicio de

octubre, por el que se regulan los diplomas de español como lengua extranjera (DELE). La prueba de validación del dominio de dicho idioma corresponde a los exámenes para la obtención de los diplomas de español como lengua extranjera (DELE), como mínimo en su nivel A2.

⁷⁷ Sobre el mismo, J. M^º RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, “La nueva regulación del procedimiento para adquirir la nacionalidad española por residencia”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n^º 42, 2016, pp. 173-204.

J. SÁNCHEZ RIBAS, “Nacionalidad española por residencia”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2015, p.2, “este procedimiento dotará al procedimiento de una mayor seguridad jurídica, ya que se evitará la discrecionalidad que existía en los Registros Civiles a la hora de valorar el requisito de la integración social del extranjero, que últimamente venía siendo el principal motivo de denegación de las solicitudes de nacionalidad por residencia”.

⁷⁸ Sentencia comentada por B. VARELA AUTRÁN, “Denegación de la nacionalidad española a un ciudadano ecuatoriano que sufre una discapacidad intelectual del 67 % por padecer un trastorno esquizoide de la personalidad”, *Diario La Ley*, n^º 8269, sección columna, 12 de marzo de 2014, pp. 3-7, haciendo constar el voto particular de los magistrados, destacando que, “a criterio de los magistrados que formulan el voto particular, la exigencia del requisito previsto por el art. 22.4 CC (LA LEY 1/1889), referido a la integración social del solicitante de la nacionalidad española, necesariamente, debe adaptarse en los casos de discapacidad a las concretas circunstancias de la misma de tal forma que quepa exigir diferentes requisitos de integración en función de las características de cada tipo y grado de discapacidad. Invocando la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que ha sido ratificada por España en el año 2008...”.

⁷⁹ Como refiere C. LÓPEZ-VERAZA PÉREZ, “Inmigración y discapacidad: un reto multidisciplinar. Régimen jurídico, valoración, y propuestas”, *Diario La Ley*, n^º 9019, sección tribuna, 12 de julio de 2017, pp. 6 y 7: “Un famoso caso, fue el ventilado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 12 nov. 2013, rec. 523/2012, en virtud del cual se confirmó la resolución de la Dirección General del Registro y Notariado, que denegó al recurrente, ciudadano ecuatoriano con una gran discapacidad psíquica, su solicitud de nacionalidad española por residencia, por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. De la entrevista mantenida con el Juez encargado del Registro Civil se verificó que el recurrente solicitante de la nacionalidad no entendía el idioma, pues contestó con monosílabos y ello dio lugar a la denegación de la solicitud. La Audiencia consideraba que si debiera tenerse en cuenta la discapacidad “se podría llegar al extremo de exigir proporcionalmente menores requisitos de integración cuanto mayor sea la minusvalía psíquica del solicitante, lo que en definitiva supondría una forma de discriminación positiva no prevista en nuestro ordenamiento jurídico”. Y explicaba que el Código Civil exige que el extranjero interesado en la obtención de la nacionalidad justifique suficiente grado de integración en la sociedad española. Es decir, que para obtener la nacionalidad española la suficiente integración del extranjero debe ser un hecho acreditado. “Y si, ponderando las circunstancias personales del actor (su minusvalía psíquica), aun así, éste no alcanzase a justificar tal suficiente grado de integración en la sociedad española, como en el presente caso sucede según se desprende de los hechos más arriba referidos, concretamente, el contenido de las entrevistas del recurrente con el juez encargado del Registro Civil, la conclusión no puede ser otra que la prevista en la norma: improcedencia de la concesión de la nacionalidad español”. No obstante, el Tribunal Supremo anuló dicha resolución tras haberse interpuesto recurso de casación contra la misma, y señaló que en la valoración de la integración social en España de conformidad con el art. 22.4 del Código Civil, se exige la valoración específica de las circunstancias concurrentes en el ciudadano extranjero. En dicho supuesto la Audiencia tuvo por probada una minusvalía psíquica del recurrente del 67% por lo que la adecuada constatación de la exigencia de integración social prevista en el art. 22.4 del Código Civil ha de ser lógica, adecuada y proporcional a tal minusvalía, ya que en caso contrario, se estaría produciendo una evidente discriminación del actor, vulneradora de los preceptos constitucionales a que hace mención la Sala de instancia, y de las normas por él citadas en los motivos de recurso. El Tribunal Supremo falla que, “si la integración social se deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales en el ámbito de sus relaciones sociales y de arraigo familiar, se debía concluir en el sentido de apreciar una integración social suficiente a los fines del art. 22.4 del Código Civil, derivada de circunstancias tales como su asistencia a un taller ocupacional, la percepción de una ayuda pública o su arraigo en una familia cuyos miembros, integrados en la realidad social española, gozan de tal nacionalidad”.

que se pueda recabar de oficio la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona con la capacidad modificada judicialmente. De igual modo, el Instituto Cervantes ofrecerá actuaciones especiales en la administración de las pruebas DELE y CCSE para las personas con discapacidad, de modo que dispongan de los apoyos y de los ajustes razonables que les permitan concurrir en condiciones de igualdad efectiva.

64. Al mismo tiempo, habrá que añadir, conforme al artículo 21. 3 CC, subapartado d), que podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad por residencia, el interesado con discapacidad con todas las “medidas de apoyo” y “ajustes de procedimiento” que, en su caso, precise.

65. Se aprecia, además, que el Reglamento sobre el procedimiento para adquirir la nacionalidad por residencia, necesita de su adaptación a la Convención de 2006 y a la reforma de nuestro Código civil: habría que suprimir la figura del representante legal de la persona con la capacidad modificada judicialmente (por lo menos, ya no se refiere a los incapacitados) y disponer que las personas extranjeras con discapacidad pueden realizar estas pruebas, para demostrar su integración en la sociedad española, con los apoyos necesarios y los ajustes de procedimiento, que, en su caso precise. No obstante, es un acierto, que el Instituto Cervantes ofrezca actuaciones especiales en la administración de las pruebas DELE y CCSE para las personas con discapacidad, de modo que dispongan de los apoyos y de los ajustes razonables que les permitan concurrir en condiciones de igualdad efectiva.

66. Una vez concedida la adquisición de la nacionalidad española por residencia, en todo caso, caduca a los ciento ochenta días siguientes a su notificación, si en este plazo no comparece el interesado ante funcionario competente para cumplir los requisitos formales del artículo 23 CC (como dispone el artículo 21.4 CC, también para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza).

4. Los requisitos formales comunes para la concesión de la nacionalidad española

67. El artículo 23 CC regula los requisitos formales comunes a la adquisición de la nacionalidad española por opción, por carta de naturaleza y por residencia en España: que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes⁸⁰; que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad⁸¹ (salvo los nacionales de origen con especial vinculación con España⁸²); y que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.

68. En el caso de menor o incapaz, no se exigía en la anterior regulación el cumplimiento de los requisitos de juramento o promesa de obediencia a la Constitución y a las leyes, ni la fidelidad al Rey, ni la renuncia a la nacionalidad anterior, para que fuese válida la adquisición de la nacionalidad española⁸³.

⁸⁰ El juramento o promesa sólo pueden realizarse ante el Encargado del Registro. Será normalmente, el mismo Encargado competente para practicar la inscripción.

⁸¹ La Convención Europea de Nacionalidad de 6 de noviembre de 1997, en el artículo 8 establece que “Cada Estado parte permitirá la renuncia a su nacionalidad siempre que las personas interesadas no se conviertan en apátridas”. También el Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930 sobre determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, disponía en el artículo 3, que “una persona que posea dos nacionalidades adquiridas sin ningún acto voluntario de su parte podrá renunciar a una de ellas con la autorización del Estado cuya nacionalidad desea renunciar”.

⁸² Como dispone el artículo 23 CC en el subapartado b), quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1º del artículo 24 CC (países iberoamericanos, Guinea ecuatorial, Filipinas, Andorra, Portugal). Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XLII, nº 2, 1990, pp. 463-493. Además, los sefardíes originarios de España, no están obligados a renunciar a su nacionalidad y tampoco los brigadistas internacionales que participaron en la Guerra Civil española. El artículo 18 de la Ley 52/2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, Ley de Memoria Histórica, también regula no tener que renunciar a la nacionalidad anterior.

⁸³ Para J. CARRASCOA GONZÁLEZ, A. DURAN AYAGO y B. L. CARILLO CARILLO, op. cit., p.86, incluso, si el sujeto recuperaba la capacidad o cumplía los catorce años y ya había optado en favor de la nacionalidad española (o solicitado la nacionalidad

69. Así, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de febrero de 2008, afirmaba (en un caso de adquisición de la nacionalidad por residencia): “*que estos requisitos solo se exigen al mayor de catorce años y capaz para prestar su declaración por sí, y que por su misma naturaleza personalísima, no pueden sustituirse por las manifestaciones de sus representantes legales*”⁸⁴. Del mismo modo, la doctrina defendía que el menor de catorce años o el incapacitado, se hallase exonerado tanto del juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, como de la renuncia a la nacionalidad anterior⁸⁵.

70. En el caso de una persona con discapacidad, que debe de gozar de los mismos derechos que la persona capaz (tal y como dispone el artículo 12 de la Convención de 2006), y tiene derecho a cambiar de nacionalidad (artículo 18 de la Convención de 2006): ¿podría por sí misma jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes? Y lo más importante ¿renunciar a su nacionalidad anterior?⁸⁶

71. Conforme a la regulación vigente, al tratarse de actos personalísimos, la persona con discapacidad podrá hacerlo por sí misma, con los apoyos necesarios, y los ajustes de procedimiento, en su caso. Téngase en cuenta, que, con la reforma, el modelo de sustitución de la persona con discapacidad desaparece y el actual es el modelo de apoyos, siempre que sea necesario.

72. Si en el supuesto de menor de catorce años, es obvio, que no se le requiera de juramentos o promesas, ni se le exija la renuncia a la nacionalidad anterior, en el caso de la persona con discapacidad no podría ser tratada de igual manera.

73. La Convención de 2006 obliga a respetar la voluntad de la persona con discapacidad, y sus deseos y preferencias, y, cuando la ocasión lo precise, prestarle los apoyos necesarios para que pueda manifestarse: medidas voluntarias o judiciales; o, como también prevé la reforma del Código Civil para la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia, realizar los ajustes del procedimiento también para la renuncia.

74. Al igual que el juramento o promesa, la renuncia tal y como está regulada en el artículo 226 del Reglamento del Registro Civil (RRC) es una mera declaración ante el Encargado del Registro Civil, sin necesidad de presentar documento alguno⁸⁷.

por carta de naturaleza o residencia) a través de su representante legal sin prestar la promesa o juramento, tampoco los debería prestar cuando alcanzaba los catorce años o recuperaba su capacidad.

⁸⁴ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2078, 2009, pp. 382-384.

⁸⁵ I. ARANA DE LA FUENTE, “La Ley 18/1990 sobre reforma del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, nº 1, 1991, p. 306. Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., pp. 135 y 138, esta exigencia se requería siempre que se tratase de individuo mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí mismo. No se exige en caso de sujetos menores que no cumplan dichos requisitos y que optan a través de sus padres o representantes legales, por ser una declaración personalísima. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, loc. cit., p. 388, defendía que, no obstante, a los enumerados en el artículo 23 CC podría añadirse el incapacitado, por sí mismo, si la sentencia de incapacitación así lo determinase.

⁸⁶ Como argumenta I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la Unión Europea. Hacia un cambio de paradigma”, en M. MOYA ESCUDERO (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 190 y 195, la exigencia de la renuncia expresa a la nacionalidad anterior no solo es anacrónica y escasamente respetuosa con la salvaguarda de la identidad de la persona, sino difícilmente conciliable con el actual nivel de integración europea. Sin embargo, se sorprende el distinto nivel de exigencia que imponen las normas españolas para los propios ciudadanos españoles que adquieren otra nacionalidad. En efecto, como veremos, los españoles de origen emancipados que, residiendo habitualmente en otro país, adquieran voluntariamente la nacionalidad de este Estado, podrán conservar la nacionalidad española si declaran ante el Encargado del Registro Civil español consular su voluntad de conservar la nacionalidad en el plazo de tres años a contar desde la adquisición de la nueva nacionalidad.

⁸⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 218, “*No hace falta que dicha renuncia tenga lugar documentalmente (Instrucción DGRN 16 mayo 1983, RDGRN 27 enero 1994). Pero la renuncia debe constar, en todo caso, de modo fehaciente (RDGRN [2.] 22 marzo 2001). Debe ser expresa, no presunta o hipotética (STS CA 25 marzo 2002)*”. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, op. cit. pp. 205-208, sostiene que nuestro ordenamiento jurídico instituye la renuncia a la nacionalidad como un acto de voluntad unilateral, haciendo caso omiso a su necesaria naturaleza bilateral tal como se desprende de los convenios internacionales. Falta aquí la constatación de la admisión a dicha renuncia por el Estado soberano implicado. No obstante, asistimos recientemente a

75. En relación con la inscripción de la nacionalidad, el artículo catorce de la Ley 6/2012, de 28 de abril⁸⁸, de modificación de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil⁸⁹, introduce un apartado 3º al artículo 68 que dispone que⁹⁰: “*Las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación, conservación o pérdida, y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, podrán realizarse ante el encargado del Registro Civil, notario, o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil*”. Precisa, pues, las autoridades competentes ante las que se realizan estas declaraciones de voluntad para adquirir o cambiar de nacionalidad, siendo muy relevante respecto a las personas con discapacidad. Así, esas autoridades deberán asegurarse que, estas personas manifiestan su voluntad con pleno conocimiento y libremente, y que el procedimiento esté ajustado a sus posibilidades.

III. La pérdida, conservación y recuperación de la nacionalidad española de las personas con discapacidad

1. La pérdida o conservación de la nacionalidad española

76. La nacionalidad española se puede perder de manera voluntaria o de manera no voluntaria (por sanción o pena), en este último caso solo para los españoles que no sean de origen (artículo 11 de la Constitución).

77. Los supuestos de pérdida de nacionalidad española voluntaria (artículo 24 CC, apartados 1, 2 y 3), son muy flexibles, pues permiten a los españoles, pese a ostentar otra nacionalidad y residir en el extranjero, conservar la nacionalidad española, lo que no permite a los extranjeros que adquieran la nacionalidad española (salvo los de países con vinculación histórica y cultural con España).

78. Así, establece en artículo 24. 1 CC, que la nacionalidad española se puede perder por ostentar otra nacionalidad -adquirida voluntariamente (al ser mayor de edad o estar emancipado, según su ley personal: artículo 9.1 CC) o utilizada exclusivamente (antes de la emancipación)-, residir en el extranjero (según determine su ley nacional) y no haber prestado declaración ante el Encargado del Registro Civil de conservar la nacionalidad española⁹¹ en el plazo de tres años (a contar desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación)⁹².

una tendencia por parte de los Registros de ciertas Comunidades Autónomas que exigen mediante providencia que se acredite documentalmente la efectiva renuncia efectuada ante el Consulado de su país.

⁸⁸ BOE núm. 102, de 29 de abril de 2021.

⁸⁹ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

⁹⁰ El artículo 68, de la Ley del Registro Civil 20/2011, que entró en vigor el 30 de abril de 2021 (disposición final segunda de la Ley 6/2021), establece en el apartado 1º: “*La adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, se inscribirán en el registro individual. Estas inscripciones tendrán carácter constitutivo*”.

⁹¹ S. ADROHER BIOSCA, “El principio de proporcionalidad en la pérdida de la nacionalidad estatal y de la ciudadanía europea. STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros C. Minister Van Buitenlandse Zaken”, *REEL*, nº 38, diciembre 2019, p. 7, señala dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid: una de la Sección 21ª, núm. 132/2017 de 24 marzo y otra de la Sección 25ª, núm. 113/2017, de 28 marzo, en las que se estima la pérdida automática de la nacionalidad española de dos españoles nacidos en Colombia de madre española nacida también en este país, que habían renovado el pasaporte español pero no habían manifestado la voluntad de conservarla ante el Encargado del Registro Civil: “*la pérdida de la nacionalidad se produce ipso iure o automáticamente, en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho y así, si como hemos manifestado, el Código Civil no exige una forma especial a esa declaración de voluntad conservativa de la nacionalidad, sí exige que se haga ante el Encargado del Registro Civil*”. Y critica que “*Los tribunales que aplican este precepto, como las sentencias citadas, no hacen una revisión de la decisión individualizada valorando las consecuencias familiares y profesionales, sino simplemente la comprobación de la concurrencia de los requisitos objetivos del CC*”. Sin embargo, P. J. VELA TORRES, “Pérdida de la nacionalidad española. Interpretación del art. 24.3 CC”, *Diario La Ley*, nº 9584, sección jurisprudencia, de 2 de marzo de 2020, comenta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2019 (Rec. 3326/2017) sobre la solicitud de renovación del pasaporte en el Consulado español dentro de los tres años siguientes a la mayoría de edad, que se considera como una declaración de voluntad de querer conservarla.

⁹² A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas del Registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, cit., pp. 226-229, para esta autora y tal como se deduce de la propia norma, dicha declaración deberá ser realizada cumpliendo, de un

79. También se puede perder⁹³: cuando se trate de español nacido en extranjero de padres españoles pero nacidos en el extranjero, la ley del país donde reside les atribuye la nacionalidad y no declare su voluntad de conservar la nacionalidad española (artículo 24.3 CC).

80. Del mismo modo, en el artículo 24. 2 CC se regula la pérdida por renuncia expresa a la nacionalidad española, del español mayor de edad o emancipado que ostente otra nacionalidad (para evitar la apatridia) y resida en el extranjero⁹⁴.

81. La norma que regula la pérdida de la nacionalidad española de forma voluntaria, no se refiere a las personas con discapacidad (no ha sido objeto de reforma por la Ley 8/2021), solo requiere que se trate de sujeto emancipado⁹⁵. Como señalaba la doctrina⁹⁶, la condición de emancipado era necesaria para que la adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera fuese idónea para la pérdida de la nacionalidad española o para su conservación. Y se mostraba a favor de que, si el emancipado hubiera sido declarado incapaz, se estuviese a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, pues en ella debería haberse establecido expresamente la posibilidad de que la persona pudiera por sí conservar o renunciar a la nacionalidad española. De lo contrario, como se trataba de un acto personalísimo, ningún otro podría hacerlo en representación del incapaz⁹⁷.

82. Conforme a la regulación vigente, tendríamos que preguntarnos si la persona con discapacidad podría por sí misma manifestar su voluntad de renunciar a la nacionalidad española, o de conservarla, ante el Encargado del Registro Civil. Para responder a esta cuestión nos apoyamos en la normativa internacional y estatal:

83. Así, el artículo 15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “*la persona tiene derecho a cambiar de nacionalidad*”⁹⁸, y, en relación con la persona con discapacidad, el derecho a cambiar de nacionalidad lo proclama el artículo 18 de la Convención de 2006. De lo que se deduce que estas personas podrían manifestar su voluntad para cambiar de nacionalidad.

lado, los requisitos temporales, dentro del plazo de tres años desde la adquisición de la nacionalidad española o desde la emancipación; y de otro, desde el punto de vista formal, la declaración de mantenimiento o conservación deberá ser efectuada ante el Encargado del Registro civil y debe acceder al Registro.

⁹³ En este caso y en los anteriores, no pierden la nacionalidad española de origen los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal (artículo 24.1 CC, segundo párrafo), ni los sefardíes originarios de España.

⁹⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) (STJUE) de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros, as. C-221/17 (ECLI: EU:C: 2019:189), apartado 39, señala que considera legítima la pérdida *ex lege* de la nacionalidad de un Estado miembro (siempre que se ostente otra nacionalidad), justificada por la desvinculación del nacional con él. En el mismo sentido, y en cuantos a sus límites STJUE de 18 de enero de 2022, Wiener Landesregierung, as. C-118/20 (ECLI:EU:C:2022:34), en el apartado 59, precisa: “*El examen del respeto del principio de proporcionalidad consagrado por el Derecho de la Unión requiere la valoración de la situación individual de la persona interesada, así como, en su caso, la de su familia, a fin de determinar si la decisión de dejar sin efecto la seguridad relativa a la concesión de la nacionalidad, cuando lleve consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, tiene consecuencias que afectarán de manera desproporcionada, en relación con la finalidad perseguida por el legislador nacional, al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona interesada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Tales consecuencias no podrán tener carácter hipotético o eventual (véase, por analogía, la sentencia de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros, C221/17, EU:C:2019:189, apartado 44)*”.

⁹⁵ En alguna resolución de la Dirección General de Registros y de Notariado (como en la Resolución DGRN de 18 de septiembre de 1986) se ha sostenido que el incapacitado también puede perder la nacionalidad española, sin embargo, no sería posible por medio de su representante, pues en el caso de pérdida voluntaria se trataría de un acto personalísimo. Podría declarar conservar o renunciar a la nacionalidad española por sí debidamente asistido, si así lo estableciese la sentencia de incapacitación.

⁹⁶ J. M. LETE DEL RIO, “Pérdida de la nacionalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, nº 1, 1994, p. 91, (citando a Calvo Antón, “La próxima reforma de la nacionalidad”, *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 492): la referencia de los emancipados resulta lógica sobre la base de la voluntariedad de la adquisición o de la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera, pero, añade, que quizá no resulte lógico, sino basado en una reminiscencia del sentido patrimonial del ciudadano, admitir la eficacia de la voluntad del mayor de catorce años para adquirir la nacionalidad española y no admitir su eficacia para perderla.

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 92.

⁹⁸ En el mismo sentido, el artículo 8 de Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997.

84. Por otra parte, analógicamente, se podría aplicar lo dispuesto, tras la reforma, para la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia (artículos 20.2 d) y 21.3 d) CC): es lógico que, si la persona extranjera con discapacidad puede solicitar la adquisición de la nacionalidad española, pudiera, con las mismas condiciones personales, renunciar a ella, o conservarla, si hubiera adquirido otra nacionalidad o utilizado en exclusiva. Es decir, podría conservar o renunciar a la nacionalidad española por sí misma ante el Encargado del Registro Civil, con las “medidas de apoyo” y los “ajustes de procedimiento”, en caso de que fuera necesario.

85. Respecto a las causas de pérdida de la nacionalidad española para los españoles que no le sean de origen (artículo 25 CC)⁹⁹, la primera de ellas también requiere una manifestación de la voluntad por parte del interesado (artículo 25.1, a) CC). De tal manera que se dispone que la persona que hubiera adquirido la nacionalidad española de forma derivativa, puede perder la misma si utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera, durante un período de tres años, a la que hubiera renunciado, también por sí y voluntariamente, al adquirir la nacionalidad española.

86. La doctrina más autorizada excluye de esta renuncia a los que han adquirido la nacionalidad española siendo menores y a los nacionales con especial vinculación con España (artículo 24.1 CC)¹⁰⁰; sin embargo, fuera de estos supuestos, al español no de origen con discapacidad, que, en el ejercicio de su derecho a cambiar de nacionalidad, hubiera renunciado a la nacionalidad anterior para adquirir la española y que solo utilice la nacionalidad extranjera, también puede ser privado de la nacionalidad española.

87. Del mismo modo, podría la persona con discapacidad perder la nacionalidad española que no sea de origen (artículo 25. 1, b) CC): cuando entre voluntariamente al servicio de las armas o ejerza cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno; o puede, asimismo, haber incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, lo que conlleva, por tanto, la nulidad de tal adquisición, cuando exista sentencia que así lo declare (artículo 25. 2 CC).

2. La recuperación de la nacionalidad española

88. Son requisitos para recuperar la nacionalidad española, del que hubiera sido antes nacional español (artículo 26.1 CC)¹⁰¹: la residencia legal en España, la declaración de voluntad ante el Encargado del Registro Civil de recuperar la nacionalidad española y la inscripción de la recuperación en el Registro.

89. En relación con los requisitos que se exigen para recuperar la nacionalidad española¹⁰², la declaración de voluntad del interesado de querer recuperar la nacionalidad española, ante el Encargado

⁹⁹ Artículo 25 CC: “1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española. b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno. 2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años”.

¹⁰⁰ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nociones básicas del Registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, cit., p. 242.

¹⁰¹ Desde la Ley 29/1995, se ha facilitado la recuperación de la nacionalidad española, señalando como más destacable: la no exigencia de la renuncia de la nacionalidad extranjera anterior. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 288, “*resulta muy criticable y totalmente incoherente que esta previsión legal solo se establezca para los extranjeros que recuperan la nacionalidad española, pero que no se haya eliminado la necesidad de renuncia a la nacionalidad extranjera en relación con los extranjeros que adquieren ex novo la nacionalidad española*” (salvo los extranjeros con especial vinculación con España ex artículo 23.b) CC, y lo previsto por el artículo 18 de la Ley 52/2007 en favor de los integrantes de las Brigadas Internacionales).

¹⁰² El artículo 26 CC también exige un requisito sustancial, que debe concurrir en toda persona que manifieste su deseo de recuperar la nacionalidad española: tener residencia legal en España (artículo 26.1 CC, subapartado a)). Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales (cualquier circunstancia que denote una particular vinculación con España del

del Registro Civil, del nacimiento o del domicilio del interesado¹⁰³, es necesaria (artículo 26.1, b) CC). Los pormenores de la declaración del sujeto constan en el artículo 220 RRC¹⁰⁴.

90. Las personas con discapacidad se encuentran en la misma situación que cuando es necesario su declaración de voluntad para solicitar la adquisición de la nacionalidad española o para no perderla.

91. Por tanto, también proponemos la aplicación analógica de las condiciones para la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia¹⁰⁵: declaración de voluntad de la persona con discapacidad por sí misma, con los apoyos necesarios y los ajustes de procedimiento en su caso (artículos 20. 2, d) y 21. 3, d) CC). Salvando así las críticas que se pudieron hacer en la regulación anterior al tratarse de actos personalísimos¹⁰⁶, como en caso de pérdida o conservación de la nacionalidad española, en la que se ignoraba a la persona que no pudiera declarar su voluntad.

92. La persona extranjera con discapacidad, al igual que cualquier persona, no tendría que jurar o prometer obediencia a la Constitución y a las Leyes, ni manifestar su fidelidad al Rey, porque ya lo hizo antes, al adquirir la nacionalidad española.

Conclusiones

93. La publicación de nuestra Constitución supuso un cambio importante en la legislación española en aspectos de Derecho de familia y el estado civil: en primer lugar, como primordial, la regulación de la protección de los menores¹⁰⁷; en segundo lugar, la legislación sobre el reconocimiento y protección de las mujeres¹⁰⁸. La Convención de 2006 es la que da el impulso para las reformas

interesado o su familia, o el hecho de encontrarse en España o hallarse en el extranjero con pretensiones de residir en España, como indicaba la Orden del Ministerio de Justicia de 11 de julio de 1991). Además, no podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos de pérdida de la nacionalidad española por sanción (artículo 26.2 CC).

¹⁰³ Como indican los artículos 229 y 230 del RRC.

¹⁰⁴ Dispone el artículo 220 RRC: “*En la solicitud de carta de naturaleza, de habilitación del Gobierno para recuperar la nacionalidad española o de concesión de la nacionalidad por residencia, se indicará especialmente: 1.º Menciones de identidad, lugar y fecha de nacimiento del solicitante, si tiene la capacidad exigida al efecto por la Ley española, y nacionalidad actual y anteriores de él y de sus padres. 2.º Su estado civil; menciones de identidad y lugar y fecha de nacimiento del cónyuge y de los hijos sujetos a la patria potestad. Si hubiere contraído ulteriores nupcias se hará referencia a los matrimonios anteriores. 3.º Si está procesado o tiene antecedentes penales. Si ha cumplido el servicio militar o prestación equivalente, exigidos por las leyes de su país, o situación al respecto. 4.º La residencia en territorio español, con precisión de fechas y lugares y las circunstancias excepcionales que invoca para la obtención de la carta o de la habilitación. 5.º Las circunstancias que reducen el tiempo exigido; si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente. 6.º Si se propone residir permanentemente en España y medios de vida con que cuenta. 7.º En su caso, el compromiso de renunciar a la nacionalidad anterior y de prestar juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes*”.

¹⁰⁵ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2008, p.132. Para J. FLORES RODRÍGUEZ, “Una aproximación a la figura de la recuperación de la nacionalidad española y sus problemas”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, núm. 40, 2006, p. 137, en la declaración, la calificación que realiza el Encargado del Registro Civil, comprende no solo la identidad del declarante, sino también su capacidad. Los incapaces y los menores de catorce años podían recuperar la nacionalidad española a través de su representante legal o simplemente asistido por éste hasta cumplir los 18 años, salvo que antes tuviera lugar su emancipación, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 CC.

¹⁰⁶ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de septiembre de 2002 (*Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1930, 2002, pp. 3677-3678), no admite la petición realizada por representante voluntario y exige que debe ser una actuación personal.

¹⁰⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015). También la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021), ha modificado la Ley Orgánica 1/1996.

¹⁰⁸ Como dice M. CORERA IZU, MARTÍN, loc. cit., pp. 3 y 4, desde pactos de Estado para luchar frente a esa lacra y pesadilla que es la violencia de género, hasta medidas como, por ejemplo, suprimir la histórica prevalencia del apellido paterno sobre el materno (artículo 44.2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017 por Ley 4/2017, de 28 de junio), o la lucha por la equiparación salarial entre hombres y mujeres.

necesarias que nuestra legislación requería a las personas con discapacidad para el reconocimiento e integración en la sociedad.

94. Estamos en esta última cuestión de Derecho de Familia, con amplias repercusiones en Derecho Patrimonial, y en Derecho de la nacionalidad y extranjería. Con la reforma por la Ley 8/2021 del Código civil se atiende a la necesidad de modificar los artículos referentes a las personas con discapacidad, observando los postulados de la Convención de 2006. Esta Convención forma parte de nuestro ordenamiento, una vez ratificada y publicada, y, por tanto, aplicada directamente por nuestros órganos jurisdiccionales y autoridades¹⁰⁹, y, además, ha de servir para interpretar las normas españolas en las que se recogen y protegen derechos fundamentales (artículo 10. 2 de la Constitución)¹¹⁰. No obstante, demandaba las adaptaciones en el ordenamiento español.

95. La persona con discapacidad puede declarar su voluntad, de acuerdo con sus deseos y preferencias, como un derecho humano fundamental, pero, en ocasiones, va necesitar apoyos para la manifestación de la misma, como, por ejemplo, para garantizar el derecho de elegir o cambiar de nacionalidad (artículo 18 de la Convención de 2006). Hemos estudiado como contempla el legislador español estas modificaciones en materia de nacionalidad. ¿Con ellas ha tenido en cuenta el derecho de las personas con discapacidad a la libertad para elegir una nacionalidad en igualdad de condiciones que toda persona, asegurando el derecho de adquirir y cambiar de nacionalidad?¹¹¹

96. La modificación se ha producido en materia de adquisición de la nacionalidad no automática o derivativa (por opción, carta de naturaleza o residencia legal en España), cuando es necesario la manifestación de la voluntad de la persona extranjera con discapacidad que tiene derecho a solicitar la adquisición de la nacionalidad española. Se respeta su capacidad, pero adoptando las medidas pertinentes para el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, voluntarios o judiciales, y los ajustes de procedimiento, en su caso, precisos.

97. Así, las personas con discapacidad que tienen derecho de opción, pueden ejercitarlo por sí mismas con los apoyos y ajustes necesarios; y si no es posible durante este periodo de apoyos, ellas solas, dentro de los dos años siguientes de su finalización (artículo 20. 2 CC, subapartados d) y e)).

99. Además, en la reforma del subapartado c) del artículo 22. 2 CC, cuando se refiere a la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España, se dispone que, bastará el tiempo de residencia de un año para “*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*”, atendiendo a las instituciones de apoyo contempladas en la reforma del Código civil; por tanto, concediendo el privilegio de solicitar la nacionalidad con solo un año de residencia legal en España, a las personas con discapacidad sujetas a la guarda o a la curatela representativa durante dos años consecutivos.

¹⁰⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2012 (RJ 2012/8362), ya sostenía que nuestro sistema era lo suficientemente flexible para considerar que se acomodaba a los dictados de la Convención de 2006, por prever tanto la tutela como la curatela, dependiendo de las circunstancias que concurren en la persona con discapacidad.

¹¹⁰ Como defiende I. CAMPOY CERVERA, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Murcia, Ediciones Laborum, 2017, pp. 46 y 47, esto es de enorme importancia, pues al tener que conformarse el contenido de los derechos fundamentales conforme a la Convención de 2006, se obliga al legislador a adoptar toda su normativa a lo establecido en la misma, en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional (Sentencia 174/2002, de 9 de octubre), sostiene que toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10. 1 de la Constitución), por lo cual el legislador debe modificar aquellas normas que no permitan a las personas con discapacidad ejercer todos los derechos en igualdad de condiciones con los demás para alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

¹¹¹ Como disponía la disposición adicional duodécima de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (que se añade en la disposición final segunda de la Ley 12/2015).

100. Sin embargo, hay que apuntar algunas críticas a la reforma. En primer lugar, observamos (aunque sea anecdótico), que no se dice nada en relación con la posibilidad de que la persona extranjera con discapacidad, por sí sola, pueda jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, como uno de los requisitos formales para la concesión de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia (artículo 23, a) CC). Como acto personalísimo, esa promesa o juramento, no podrá realizarla otra persona, solo ella; pero si la persona con discapacidad necesita apoyos, o ajustes del procedimiento, deberán prestárselos, sin sustituir su voluntad.

101. En relación con la renuncia a la nacionalidad anterior, tampoco se modifica el artículo 23 b) CC, ni el artículo 24 CC (apartados 1, 2 y 3), para dar posibilidad a la persona con discapacidad de cambiar de nacionalidad, renunciando a su nacionalidad de origen, o a la nacionalidad española, por sí, en las mismas condiciones que la persona capaz; o, en su caso, declarando su voluntad de conservar la nacionalidad española a pesar de haber adquirido otra nacionalidad o utilizado en exclusiva. Igualmente, no se modifica la redacción en materia de recuperación de la nacionalidad española, cuando se exige la necesidad de manifestar la voluntad de recuperarla como uno de sus requisitos (artículo 26. 1, b) CC).

102. En estos últimos casos, el legislador español quizás ha considerado que no hacían falta estas modificaciones, pues reconoce que la persona con discapacidad tiene capacidad en igualdad de condiciones, que las demás, en todos los aspectos de la vida, y *“tiene derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privada de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad”* (artículo 18 de la Convención de 2006). Sin embargo, ¿cómo ejercita este derecho de renuncia o conservación de la nacionalidad española o para recuperarla?

103. La doctrina aplicaba analógicamente lo dispuesto para solicitar la adquisición de la nacionalidad¹¹². La declaración de renuncia, conservación o recuperación de la nacionalidad española la realizaba la persona incapacitada pero debidamente asistida por el representante legal, según resultara de la sentencia de incapacitación.

104. Tras la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, la persona extranjera con discapacidad es capaz para formular su voluntad y, en consecuencia, podrá renunciar, conservar o recuperar la nacionalidad española; pero también habrá que prever los apoyos y ajustes de procedimiento necesarios, caso por caso, al igual que para solicitar la adquisición de la nacionalidad española. En su aplicación práctica lo veremos.

105. Concluimos, pues, que dentro del marco legal del igual reconocimiento como persona ante la ley establecido en la Convención de 2006, se contempla un cambio de modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad de la persona con discapacidad¹¹³, cuando sea necesario la intervención de terceras personas: el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención de 2006 y la reforma del Código Civil, defiende un sistema de apoyos y de ajustes de procedimiento¹¹⁴.

¹¹² A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, cit., p. 132.

¹¹³ Vid. C. PARRA RODRÍGUEZ, “El nuevo modelo inclusivo de discapacidad de las personas desde la óptica del derecho internacional privado español”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: una perspectiva desde el Derecho internacional privado*, 2021, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, pp. 203-214.

¹¹⁴ C. GUILARTE MARTÍN CALERO, “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2018, parte legislación, comentarios, pp. 15 y 16: *“Debe articularse un sistema específico similar al diseñado para el ámbito de la salud, que permita la toma de decisiones a la persona con discapacidad por sí misma, si tiene capacidad suficiente, o acompañado por las personas legalmente determinadas e, incluso, por su representante legal si tal actuación fuere exigida por la protección del interés de la persona con discapacidad. La configuración de tales derechos como personales, cuyo ejercicio sólo compete al titular si es plenamente capaz (mayor de edad y con capacidad de entender y querer) puede llevar, en ocasiones, a la imposibilidad de ejercicio, con la consecuente privación de un derecho fundamental, a la falta de protección de las personas con capacidad no plena o a la falta de efectos*

106. Es decir, la adecuada incorporación a nuestro ordenamiento, en materia de nacionalidad, de los artículos 18 y 12 de la Convención de 2006, supone evitar que terceras personas sustituyan, por razón de discapacidad, la voluntad de la persona con discapacidad para adquirir, al igual que para perder, conservar o recuperar la nacionalidad española. Como expresamente hace el legislador español, en las modificaciones del Código Civil por la Ley 8/2021, para solicitar la adquisición de la nacionalidad española, se establecen las salvaguardias y los apoyos suficientes para garantizar que la persona con discapacidad pueda hacer valer su voluntad, deseos y preferencias, lo que se puede extender tanto para adquirir como para cambiar de nacionalidad.

107. Así se consigue lo que se afirma en el Preámbulo del Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de adultos: *“el interés del adulto y el respeto a su dignidad y a su voluntad deben ser consideraciones primordiales”*.

favorables y beneficiosos para su persona y patrimonio”. En el mismo sentido, A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La capacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007, p. 105.

El principio de autonomía y el arbitraje de inversión
ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
A propósito de *Polonia c. PL Holdings**

The Principle of Autonomy and Investment Arbitration
before the Court of Justice of the European Union:
Poland v. PL Holdings

FRANCISCO PASCUAL-VIVES

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Alcalá*

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7200

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional de las inversiones en varios precedentes emitidos desde que la Unión Europea asumiera el ejercicio de la competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas. Este trabajo realiza un “*tour d’horizon*” de esa jurisprudencia, dedicando una especial atención a la forma mediante la que el Tribunal de Justicia ha utilizado el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea para declarar contrarias al mismo determinadas manifestaciones del arbitraje de inversión. Este principio se ha convertido en un elemento clave para limitar el consentimiento al arbitraje de inversión que efectúan los Estados miembros de la Unión Europea en el seno del Derecho internacional de las inversiones.

Palabras clave: Autonomía del Derecho de la Unión Europea, consentimiento al arbitraje de inversión, pluralismo jurídico, arbitraje de inversión intra-UE, Tratado sobre la Carta de la Energía.

Abstract: The Court of Justice of the European Union has dealt with the relations between European Union law and international investment law in several precedents issued since the European Union was conferred with the competence over the protection of foreign direct investments. This paper offers a “*tour d’horizon*” of this caselaw, devoting particular attention to the way in which the Court of Justice of the European Union has invoked the principle of autonomy of European Union law in order to declare contrary to it certain categories of investment arbitration. This principle has become a key element that limits the consent to investment arbitration given by the Member States of the European Union within international investment law.

Keywords: Autonomy of European Union law, consent to investment arbitration, legal pluralism, intra-EU investment arbitration, Energy Charter Treaty.

Sumario: I. Introducción: la confluencia de distintas facetas del principio de autonomía en la jurisprudencia comunitaria. II. Antecedentes en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los litigios sobre protección de las inversiones extranjeras directas: 1. El arbitraje comercial: un reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad de las partes. 2. El caso *Achmea*: la afirmación del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea. 3. Los litigios anteriores al caso *Achmea*: delimitando el alcance de la competencia de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa. 4. Los litigios posteriores al caso *Achmea*: perfilando los confines del prin-

cipio de autonomía del Derecho de la Unión Europea. III. El caso *Polonia c. PL Holdings*: un paso más en la delimitación del “arbitraje admisible” para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del principio de autonomía: 1. Marco fáctico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: un intento de “cortocircuitar” la doctrina asentada en el caso *Achmea* apelando al Derecho interno de los Estados miembros y al principio de autonomía de la voluntad de las partes en un contrato. 2. Marco jurídico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: la inevitable reducción del ámbito de aplicación del arbitraje en el Derecho de la Unión Europea. IV. Reflexiones finales sobre el impacto de la “saga *Achmea*”.

I. Introducción: la confluencia de distintas facetas del principio de autonomía en la jurisprudencia comunitaria

1. La autonomía es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE). Con arreglo al mismo se articulan sus relaciones no solo con el ordenamiento jurídico interno de sus Estados miembros, sino también su relación respecto al Derecho internacional (en adelante, DI) público.

2. El principio de autonomía, como dispuso el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) en el caso *Van Gend & Loos* implica que el Derecho de la UE constituye un “nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional”¹, es decir, una manifestación del particularismo que se viene desarrollando en el seno de la estructura institucional del sistema internacional y que, en el caso de la UE, ha alcanzado un nivel muy elevado de integración supranacional. Sirva como ejemplo de lo anterior el hecho de que los Estados miembros de la UE no pueden hacer uso de las herramientas de autotutela que les brinda el DI público en sus relaciones mutuas, ni frente a las instituciones europeas ante un incumplimiento del Derecho de la UE por parte de un Estado miembro o una institución comunitaria².

El principio de autonomía, advirtió posteriormente el TJUE en el caso *Costa c. ENEL*, sirve como instrumento para afirmar la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros, evitando que estos últimos puedan oponer “una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo [el Derecho de la UE] pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”³.

3. Para que la autonomía del Derecho de la UE pueda garantizarse, siempre en el marco de un sano pluralismo jurídico con el DI público y los ordenamientos internos de los Estados miembros, “incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva, teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho. Con esta finalidad, ese sistema incluye concretamente el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE”⁴.

En otras palabras, la interpretación del Derecho de la UE debe ser desarrollada únicamente por el TJUE, sin que esta función pueda externalizarse o delegarse bien a los tribunales internos de los Estados miembros, bien a otros órganos de solución de las controversias creados por los acuerdos inter-

¹ STJCE 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Nederlandse administratie der belastingen*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 340.

² Señaló el TJCE en *Comisión Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, en esta misma línea de principio, que el Derecho de la UE poseía unos instrumentos diversos al DI público para determinar las medidas de reacción de un Estado lesionado ante la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En concreto, esta institución judicial afirmó que “el Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula las facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación; que, en consecuencia, a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotutela jurídica”: ver STJCE 13 de noviembre de 1964, *Comisión Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, 90/63 y 91/63, ECLI:EU:C:1964:80, p. 137.

³ STJCE 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 106.

⁴ DTJUE 18 de diciembre de 2018, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, apdos. 174-176 y 246.

nacionales que la UE celebra con terceros sujetos. Porque es esta exclusividad, consagrada en el artículo 19 del Tratado de la UE (en adelante, TUE), la que asegura la preservación de la autonomía del Derecho de la UE y, en definitiva, ese “marco constitucional propio”⁵ que caracteriza a la UE.

4. Desde el plano específico del Derecho de la UE, por lo tanto, puede afirmarse que el principio de autonomía permite catalizar de múltiples maneras la aplicación uniforme de este ordenamiento jurídico en todos los Estados miembros de la UE. Consiste, en efecto, en un principio jurídico que presenta un carácter poliédrico⁶ y que el TJUE ha desarrollado de una manera diversa, pero siempre con el propósito de reforzar las bases del proceso de integración europea⁷.

No es de extrañar, como se expone en las siguientes páginas de este trabajo a propósito de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas, que el TJUE lo haya invocado precisamente con ese objetivo en varios precedentes sometidos a su jurisdicción.

5. En un contexto jurídico más general, por su parte, el principio de autonomía posee otras acepciones. Así, en el Derecho privado este principio supone el reconocimiento de “la capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”⁸. En esta misma línea, en el *common law* se afirma que los “*contracts are based on mutual agreement and free choice, and thus should not be hampered by undue external control such as governmental interference*”⁹.

6. El principio de autonomía, además, no solo presenta esta dimensión sustantiva, vinculada a la capacidad para generar derechos y obligaciones jurídicas entre los sujetos de Derecho público (una dimensión proyectada hacia el principio de igualdad soberana de los Estados) y privado (una dimensión proyectada hacia el principio de autonomía de la voluntad de las partes), sino que en el seno del DI público también posee una dimensión procesal ligada a la capacidad que tienen los sujetos de DI para elegir los medios de solución de las controversias internacionales, conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰.

La vertiente procesal de la autonomía en el DI público adquiere nuevos matices en el seno del DI de las inversiones, un sector del ordenamiento internacional cuyo mecanismo de solución de las controversias se articula a través del arbitraje de inversión. Se trata de un sistema basado en el consentimiento de las partes, si bien el principio de autonomía asume aquí una naturaleza particular¹¹ y distinta a la que posee en el arbitraje comercial internacional.

⁵ DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 110, en relación con el apdo. 111.

⁶ Una evidencia de lo anterior son los debates acerca de su dimensión internacional y/o constitucional: ver J.H.H. WEILER y U.R. HALTERN, “The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, nº 2, 1996, pp. 411-448.

⁷ K. LENAERTS, “The Autonomy of European Union Law”, *Post AISDUE*, vol. I, 2019, pp. 1-11, p. 6. Asimismo: ver J. ODERMATT, “The Principle of Autonomy: an Adolescent Disease of EU External Relations Law?”, en M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, Hart, 2018, pp. 291-316; N.N. SHUIBHNE, “What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 88, nº 1, 2019, pp. 9-40; y M.-L. ÖBERG, “Autonomy of the EU Legal Order: A Concept in Need of Revision?”, *European Public Law*, vol. 26, nº 3, 2020, pp. 705-740. Se ha señalado que este principio presenta incluso un carácter categórico, puesto que “*concerns the authority to determine the validity and interpretation of EU law as a self-contained and self-referential legal system distinguishable and independent from national and international law*”: ver C. ECKES, “The Autonomy of the EU Legal Order”, *Europe and the World: A Law Review*, vol. 4, nº 1, 2020, pp. 1-19, p. 1.

⁸ “Autonomía de la voluntad”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020.

⁹ B.A. GARNER (ed.), *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, 10ª ed., Thomson Reuters, 2014, p. 779.

¹⁰ BOE de 16 de noviembre de 1990. Con ocasión de su opinión consultiva sobre el *Estatuto de Carelia Oriental*, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que “*Il est bien établi en droit international qu’aucun Etat ne saurait être obligé de, soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l’arbitrage, soit enfin à n’importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement. Ce consentement peut être donné une fois pour toutes sous la forme d’une obligation librement acceptée; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante*”: ver *Statut de la Carélie orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923, Série B, nº 5, Recueil CPJI*, p. 27.

¹¹ J. PAULSON, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review*, vol. 10, nº 2, 1995, pp. 232-257.

7. Todas estas distintas facetas del principio de autonomía convergen en una serie de litigios dirimidos por el TJUE en donde se ha concluido la no conformidad con el ordenamiento jurídico de la UE del arbitraje de inversión desarrollado por un inversor radicado en un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro de la UE (en adelante, arbitraje de inversión intra-UE). En particular, este trabajo examina en su tercer apartado los argumentos expresados por el TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*¹² para certificar esta conclusión.

8. No obstante, como el caso *Polonia c. PL Holdings* forma parte de una serie de litigios (sentencias y dictámenes) del TJUE que versan sobre diversos aspectos del régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas (lo que podría denominarse como la “saga *Achmea*”), dedicaremos el segundo apartado de este trabajo a recapitular toda la jurisprudencia comunitaria anterior haciendo un “*tour d’horizon*” de las decisiones más importantes dictadas por el TJUE.

De la misma forma, teniendo en consideración que todas estas sentencias tienen una repercusión directa en la acción exterior de la UE y, más en particular, a la hora de celebrar acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones con terceros Estados, el apartado cuarto del trabajo realiza algunas reflexiones conclusivas sobre el impacto que la “saga *Achmea*” puede suscitar en este ámbito.

II. Antecedentes en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los litigios sobre protección de las inversiones extranjeras directas

1. El arbitraje comercial: un reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad de las partes

9. Las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones, en general, y el arbitraje de inversión, en particular, han venido ocupando la actividad del TJUE en los últimos años, dado que fue a partir del año 2009 cuando la UE asumió el ejercicio de la competencia en la materia (en particular, en el ámbito de las inversiones extranjeras directas).

Interesa advertir que, con anterioridad a esa fecha, existen algunas sentencias en la jurisprudencia del TJUE que se refieren a la interacción entre el arbitraje comercial y el Derecho de la UE. Estos precedentes, aunque no son relativos al arbitraje de inversión, resultan de interés desde el punto de vista de la concepción que mantiene el TJUE respecto al principio de autonomía, al menos por dos razones. Primera, porque ponen de relieve hasta qué punto el TJUE estaría dispuesto a enervar su concepción estricta del principio de autonomía del Derecho de la UE. Y, segunda, porque también evidencian cuál es la posición que desde el TJUE se mantiene respecto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, en concreto, cuando dos particulares deciden someter al arbitraje comercial una controversia que presenta un aspecto jurídico vinculado con el Derecho de la UE.

10. En el caso *Nordsee* se dirimía mediante un procedimiento prejudicial si el TJUE era competente para responder a unas cuestiones prejudiciales que habían sido planteadas por un árbitro en el marco de un litigio mercantil. Unas empresas alemanas, en efecto, habían decidido resolver una controversia de carácter privado a través del arbitraje, esto es, prescindiendo de la jurisdicción ordinaria. El TJUE descartó que tuviera competencia sobre el litigio porque el órgano arbitral no podía considerarse como un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos de interponer una cuestión prejudicial. Al llegar a esta conclusión, el TJUE afirmó el principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de seleccionar el medio más adecuado para resolver una controversia de carácter comercial.

De todas formas, el TJUE advirtió que si en el contexto de ese arbitraje comercial surgía alguna cuestión relacionada con la aplicación o interpretación del Derecho de la UE “los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar

¹² STJUE 26 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875.

el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequatur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable”¹³.

En otras palabras, la actividad de estos órganos arbitrales cuando interpretan o aplican el Derecho de la UE no queda desvinculada de la tutela que pueden ejercer los tribunales internos de los Estados miembros. Al ejercer su funciones, en suma, estos órganos arbitrales no escapan completamente del control judicial ordinario. Se les aplica un estándar más flexible que, a juicio del TJUE, no compromete el principio de autonomía del ordenamiento de la UE y al mismo tiempo garantiza el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

11. De nuevo en el marco de un procedimiento prejudicial planteado por un tribunal en los Países Bajos, en el caso *EcoSwiss* se discutía la posibilidad de no ejecutar un laudo arbitral de carácter comercial dictado contra una empresa al considerar que el mismo era contrario al orden público, pues el contrato de licencia del que traía causa este procedimiento arbitral era considerado como nulo por contravenir el Derecho de la competencia europea.

El TJUE completó su jurisprudencia anterior indicando que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”¹⁴. Así las cosas, el TJUE mantuvo nuevamente una posición deferente hacia el principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de escoger el arbitraje como un medio para la solución de las controversias comerciales. Ello no obstante, en el litigio particular el TJUE acabó concluyendo que el precepto del Derecho originario invocado podía incardinarse dentro de las normas de orden público que el tribunal neerlandés debía considerar a la hora de pronunciarse sobre la nulidad del laudo¹⁵, por lo que esta vez sí se admitió en la práctica el control limitado de los laudos dictados en el marco del arbitraje comercial que había sido planteado teóricamente en el caso *Nordsee*.

12. Esta línea jurisprudencial fue retomada por el TJUE en el caso *Mostaza Claro* para señalar que la normativa europea en materia de protección de los consumidores entonces vigente¹⁶ podía ser utilizada para justificar una apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula mediante la que se acordaba someter un litigio contractual al arbitraje, puesto que “la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”¹⁷. El arbitraje entre particulares, por lo tanto, no se sustrae a la jurisdicción del TJUE cuando en el mismo se dirimen cuestiones que afectan a intereses esenciales del proceso de integración europea.

13. Podría concluirse, al calor de la anterior jurisprudencia¹⁸, que en los casos relativos al arbitraje comercial el TJUE ha modulado el principio de autonomía del Derecho de la UE con arreglo al principio de autonomía de la voluntad de las partes que someten voluntariamente un litigio al arbitraje, llegando el TJUE a aceptar una facultad limitada para revisar la compatibilidad con el Derecho de la UE de los laudos dictados en este marco. Hechas estas precisiones, en las siguientes líneas se presenta

¹³ STJCE 23 de marzo de 1982, «*Nordsee*» *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, apdo. 14.

¹⁴ STJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, apdo. 35.

¹⁵ *Ibid.*, apdos. 37-39.

¹⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 95*, de 21 de abril de 1993).

¹⁷ STJUE 26 de octubre de 2006, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L.*, C-168/06, ECLI:EU:C:2006:675, apdo. 38.

¹⁸ Sobre el control de las decisiones dictadas en el marco del arbitraje comercial en la jurisprudencia posterior del TJUE: ver STJUE 13 de mayo de 2015, «*Gazprom*» *OAO*, C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316; y STJUE 7 de julio de 2016, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, S.L.*, C-567/14, ECLI:EU:C:2016:526.

la jurisprudencia del TJUE que se ha referido a las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones.

2. El caso *Achmea*: la afirmación del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea

14. La sentencia dictada por el TJUE el 6 de marzo de 2018 resolviendo el caso *República Eslovaca c. Achmea*¹⁹ generó un impacto notable a varios niveles²⁰. Desde la perspectiva del Derecho de la UE, el TJUE se sirvió del principio de autonomía del Derecho de la UE, entre otros, para concluir que el mecanismo de solución de las controversias mediante arbitraje de inversión previsto por un acuerdo sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (en adelante, APPRI) celebrado entre dos Estados miembros de la UE (en adelante, APPRI intra-UE)²¹ no era compatible con el ordenamiento jurídico de la UE²².

Desde la perspectiva del DI de las inversiones, por su parte, esta sentencia vino a limitar los confines del principio de autonomía de la voluntad de los Estados miembros de la UE a la hora de manifestar su consentimiento al arbitraje de inversión cuando celebran un APPRI intra-UE. De hecho, el caso *República Eslovaca c. Achmea* supone el principio del fin para este tipo de arbitraje internacional cuando ambas partes (el inversor demandante y el Estado demandado) pertenecen a la UE²³. En cambio, el caso *República Eslovaca c. Achmea* mantiene la línea jurisprudencial marcada por el TJUE respecto al arbitraje comercial, no quedando este último afectado por lo dispuesto en esta sentencia con relación al arbitraje de inversión intra-UE²⁴.

Esta doble vara de medir o de concebir las distintas facetas del principio de autonomía (en su versión pública y privada) es aceptada por el TJUE, si bien podría enviar un mensaje contradictorio a otros Estados con quien la UE pretenda celebrar tratados sobre protección de inversiones²⁵.

15. A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia emitida en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, siempre desde la perspectiva del Derecho de la UE, 22 de los todavía entonces 28 Estados

¹⁹ STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

²⁰ En la doctrina, entre otros: ver J. CAZALA, “L’incompatibilité avec le droit de l’Union européenne du système d’arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d’investissement intra-UE”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2018, pp. 597-616; X. FERNÁNDEZ PONS, “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 46, 2018, pp. 316-364; E. GAILLARD, “L’affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, n° 3, 2018, pp. 616-630; Í. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, n° 60, 2018, pp. 1-23; S. HINDELANG, “Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: the CJEU’s Judgment in Achmea Put in Perspective”, *European Law Review*, vol. 44, n° 3, 2019, pp. 383-400; R.J. BASEDOW, “The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 23, n° 1, 2020, pp. 271-292; y C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “La Unión Europea y el arbitraje de inversiones: alcance de la STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, con especial referencia a la situación de España”, en A. RUDA GONZÁLEZ y C. JEREZ DELGADO (dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, vol. 2, Madrid, Editorial Jurídica Sepín, 2020, pp. 677-692.

²¹ El APPRI celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia, de 29 de abril de 1991.

²² STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 55-58.

²³ Aunque el Abogado General sostuvo una aproximación completamente distinta al TJUE y favorable a reconocer la compatibilidad entre el APPRI controvertido y el Derecho de la UE: ver Conclusiones del Abogado General Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, puntos 237-272.

²⁴ Con relación al arbitraje comercial el TJUE afirmó en este litigio que “un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI se distingue de un procedimiento de arbitraje comercial. En efecto, mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión [...] los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. En estas circunstancias, las consideraciones enunciadas [...], relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI”: ver STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 55.

²⁵ S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, *Achmea BV*”, *European Papers*, vol. 3, n° 1, 2018, pp. 357-373.

miembros²⁶ firmaron una declaración el 15 de enero de 2019 donde, entre otras afirmaciones, se indicaba que: “*Union law takes precedence over bilateral investment treaties concluded between Member States. As a consequence, all investor-State arbitration clauses contained in bilateral investment treaties concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable. They do not produce effects including as regards provisions that provide for extended protection of investments made prior to termination for a further period of time (so-called sunset or grandfathering clauses). An arbitral tribunal established on the basis of investor-State arbitration clauses lacks jurisdiction, due to a lack of a valid offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty*”.

El 16 de enero de 2019 Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Suecia firmaron otra declaración donde expresaban su adhesión a la sentencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, si bien obviando referencias expresas sobre cómo tenían que organizarse a partir de entonces las relaciones entre el DI de las inversiones y el Derecho de la UE. En esa misma fecha, Hungría también emitió una declaración donde afirmaba que la citada sentencia guardaba silencio respecto al TCE, es decir, que solo se debía aplicar en el contexto de los APPRI intra-UE.

16. En estas declaraciones, con carácter general, los Estados miembros firmantes adoptaron el compromiso político de denunciar todos los APPRI intra-UE en vigor²⁷; un compromiso que se materializó jurídicamente el 5 de mayo de 2020 mediante la firma del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE²⁸. Forman parte de este acuerdo todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Austria, Suecia y Finlandia, además de Irlanda (que a esa fecha no tenía ningún APPRI en vigor) y el Reino Unido (en razón de su retirada de la UE).

Nada impide que los Estados miembros de la UE que sí son partes de aquel acuerdo y que han celebrado APPRI con Austria²⁹, Suecia³⁰, Finlandia³¹ y el Reino Unido³² decidan denunciarlos unilateralmente (debiendo en ese caso someterse a las cláusulas de remanencia previstas en cada uno de ellos). Por su parte, los Estados miembros de la UE que son partes del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE no quedan sometidos a las cláusulas de remanencia, puesto que han excluido expresamente su aplicación a través de este tratado internacional³³.

17. En este contexto, cabe señalar que el 2 de diciembre de 2021 la Comisión Europea anunció la apertura de un procedimiento por incumplimiento del Derecho de la UE contra Austria y Suecia (que no firmaron el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados

²⁶ La declaración no fue firmada por Eslovenia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Malta y Suecia.

²⁷ La declaración de 15 de enero de 2019 afirma, por ejemplo, que “*Taking into account the foregoing, Member States declare that they will undertake the following actions without undue delay: [...] 5. In light of the Achmea judgment, Member States will terminate all bilateral investment treaties concluded between them by means of a plurilateral treaty or, where that is mutually recognised as more expedient, bilaterally*”.

²⁸ BOE de 29 de mayo de 2020.

²⁹ Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. Según la información que contiene la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD), en el caso de Austria se ha denunciado el APPRI celebrado con Malta (de 29 de mayo de 2002).

³⁰ Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. En el caso de Suecia, por ejemplo, en la base de datos de la UNCTAD consta que se han denunciado los APPRI celebrados con Croacia (de 10 de noviembre de 1978); Eslovenia (de 5 de octubre de 1999); Malta (de 24 de agosto de 1999); y Rumanía (de 29 de mayo de 2002).

³¹ Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, República Checa y Rumanía. En el caso de Finlandia, conforme a los datos ofrecidos por la UNCTAD se han denunciado los APPRI celebrados con Eslovenia (de 1 de junio de 1998) y Rumanía (de 26 de marzo de 1992).

³² Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. En este caso, solo el APPRI celebrado con Malta (de 4 de octubre de 1986) ha sido denunciado.

³³ El artículo 2.2 del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE, por el contrario, dispone que “En aras de una mayor seguridad, las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo A se terminarán de conformidad con el apartado 1 del presente artículo y no surtirán efectos jurídicos”. Además, el artículo 3 da por finalizados los efectos de las cláusulas de remanencia de aquellos APPRI que ya hubieran sido denunciados, afirmando que “Las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo B se terminarán en virtud del presente Acuerdo y no surtirán efectos jurídicos, de conformidad con las condiciones establecidas en el presente Acuerdo”.

miembros de la UE), en tanto que no han procedido a denunciar los APPRI intra-UE que han celebrado con otros Estados miembros. Asimismo, este procedimiento se extiende a otros cinco Estados miembros que sí son partes del citado acuerdo (Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumanía), en razón de que no habrían completado todavía el procedimiento interno para su ratificación³⁴.

18. El caso *República Eslovaca c. Achmea* constituye un precedente muy significativo e incluso podría afirmarse que ha dado lugar a una saga, de la que *Polonia c. PL Holdings* forma parte. Sin perjuicio de que el caso *República Eslovaca c. Achmea* pueda ser el más relevante (al menos hasta ahora), debe señalarse que las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones han venido ocupando la actividad del TJUE desde el momento en que la UE asumió el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en el año 2009. Es por esto que dedicamos el siguiente epígrafe al estudio de los litigios anteriores al caso *República Eslovaca c. Achmea*.

3. Los litigios anteriores al caso *Achmea*: delimitando el alcance de la competencia de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa

19. El TJUE ha conocido de algunos litigios relacionados con el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas con anterioridad al caso *República Eslovaca c. Achmea*.

20. En primer lugar, destacan los tres procedimientos por incumplimiento del Derecho de la UE iniciados contra Austria³⁵, Suecia³⁶ y Finlandia³⁷ por la Comisión Europea. En todos ellos esta institución consideraba que algunos APPRI celebrados por estos tres Estados miembros con terceros Estados (no miembros de la UE) con anterioridad a su adhesión (APPRI extra-UE), al establecer una cláusula que obligaba a las partes a garantizar la libre transferencia de los capitales, resultaban incompatibles con los preceptos del Derecho originario que permiten al Consejo de la UE establecer restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos.

Al tratarse de acuerdos internacionales celebrados con anterioridad a la adhesión a la UE, en estos litigios la Comisión Europea solicitaba la aplicación del régimen jurídico previsto por el artículo 351.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE)³⁸, esto es, que los tres Estados miembros adoptaran todas las medidas necesarias para eliminar las incompatibilidades existentes entre los APPRI y el TUE. En el contexto de este precepto, la jurisprudencia del TJUE ya había advertido que “los Estados miembros tienen [...] la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, [pero] también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. Por consiguiente, no puede negarse que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le incumbe denunciarlo”³⁹.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial bien asentada en la práctica del TJUE⁴⁰ y considerando que ninguno de los tres Estados miembros había procedido de esta forma (adoptando medidas que

³⁴ Comisión Europea, “December infringements package: key decisions”, de 2 de diciembre de 2021.

³⁵ STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. República de Austria*, C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118.

³⁶ STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. Reino de Suecia*, C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119.

³⁷ STJUE 19 de noviembre de 2009, *Comisión Europea c. República de Finlandia*, C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715.

³⁸ Por entonces todavía artículo 307 del Tratado de la Comunidad Europea. Señala este precepto que “1. Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. 2. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común”.

³⁹ STJUE 4 de julio de 2000, *Comisión Europea c. República Portuguesa*, C-62/98, ECLI:EU:C:2000:358, apdo. 49.

⁴⁰ J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, pp. 5-43.

permitieran hacer compatibles los tratados internacionales controvertidos), el TJUE aceptó los recursos planteados por la Comisión Europea⁴¹, declarando de una manera muy sintética la responsabilidad de Austria, Suecia y Finlandia⁴².

Esta “triada” de casos resuelta por el TJUE generó importantes consecuencias para el resto de los Estados miembros de la UE, toda vez que las disposiciones previstas en los APPRI extra-UE controvertidos se reproducen en los APPRI celebrados por otros Estados miembros y, por lo tanto, hubieran podido dar lugar a que la Comisión Europea entablara similares procedimientos por incumplimiento del Derecho de la UE. De hecho, una vez publicada la norma de Derecho derivado encargada de reglamentar el régimen transitorio al que deben someterse los APPRI extra-UE⁴³, algunos Estados miembros (España entre ellos⁴⁴) solicitaron a la Comisión Europea la preceptiva autorización para enmendar el contenido de sus APPRI extra-UE en línea con los postulados expresados por el TJUE en los referidos litigios, precisamente con el objeto de evitar posibles procedimientos por incumplimiento planteados por la Comisión Europea ante aquella institución judicial.

21. Un litigio que, aunque constituye nada más que un pequeño interludio, no debe olvidarse es otro recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra Eslovaquia a propósito de las medidas adoptadas por este Estado miembro a favor de un inversor suizo que suponían, a juicio de la Comisión Europea y siempre desde la perspectiva del Derecho de la UE, una vulneración de la obligación de brindar un acceso no discriminatorio al mercado de la energía eléctrica⁴⁵.

La diferencia entre este caso y los anteriores radica en que la Comisión Europea consideraba que el contrato de inversión celebrado entre dos empresas no era compatible con el Derecho de la UE (y, por el contrario, no cuestionaba la compatibilidad de un APPRI extra-UE con el ordenamiento jurídico de la UE). En otras palabras, el TJUE debía dirimir si el derecho reconocido a un inversor de nacionalidad suiza por Eslovaquia (a través de un contrato de inversión) debía ser considerado como un derecho anterior a la adhesión que, en los términos establecidos por el artículo 351.1 del TFUE, no podía quedar afectado por el TFUE.

En respuesta a lo anterior, afirmó el TJUE que “la República Eslovaca no puede modificar los términos del contrato ni sus efectos con su legislación, ni privarlo de eficacia jurídica. Ninguna ley eslovaca que declare inválidos e inaplicables los contratos que otorguen un acceso preferente a redes de transporte cambiaría el hecho de que SEPS seguiría jurídicamente vinculada por el contrato en cuestión. Por lo tanto, la única forma factible de que la República Eslovaca cumpliera con su obligación sería adoptar una legislación dirigida a SEPS para impedirle que ejecute dicho contrato, lo cual equivaldría a una expropiación indirecta del derecho de tránsito de ATEL”⁴⁶.

Así, ante el riesgo cierto de que el inversor extranjero pudiera iniciar un arbitraje de inversión contra Eslovaquia⁴⁷ si este Estado miembro adoptaba medidas restrictivas que implicaran la terminación del contrato de inversión a la luz del Derecho de la UE (para garantizar precisamente el principio de no discriminación), el TJUE rechazó el recurso interpuesto por la Comisión Europea concluyendo que “el acceso preferente concedido a ATEL puede considerarse como una inversión protegida por el acuerdo

⁴¹ STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. República de Austria*, C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118, apdos. 38-42; STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. Reino de Suecia*, C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119, apdos. 39-42; y STJUE 19 de noviembre de 2009, *Comisión Europea c. República de Finlandia*, C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715, apdos. 30-32.

⁴² F. PASCUAL-VIVES, “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 36, 2010, pp. 467-495, pp. 485-489.

⁴³ Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (*DO L 351*, de 20 de diciembre de 2012).

⁴⁴ A modo de ejemplo: ver J.Á. RUEDA GARCÍA, “Spain”, en J. FOURET (ed.), *Enforcement of Investment Treaty Awards*, Woking, 2nd ed., Globe Law and Business, 2021, pp. 623-640, p. 630.

⁴⁵ A. BOUTE, “Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011”, *Common Market Law Review*, vol. 49, n° 3, 2012, pp. 1179-1196.

⁴⁶ STJUE 15 de septiembre de 2011, *Comisión Europea c. República Eslovaca*, C-264/09, ECLI:EU:C:2011:580, apdo. 50.

⁴⁷ En este caso, además, no debe pasar desapercibido el hecho de que el eventual arbitraje de inversión podría haberse basado tanto en el APPRI celebrado entre Suiza y Eslovaquia, de 5 de octubre de 1990, como en el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE) (*BOE* de 17 de marzo de 1998).

sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones que, según el artículo 307 CE, párrafo primero, no puede quedar afectado por las disposiciones del Tratado CE”⁴⁸.

22. En segundo lugar, destaca el dictamen emitido el 16 de mayo de 2017 (con relación al Acuerdo sobre Libre Comercio con Singapur)⁴⁹, cuyo objeto consistía en una solicitud presentada por la Comisión Europea donde se preguntaba al TJUE que definiese la naturaleza exclusiva o compartida de la competencia exterior de la UE para celebrar acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones extranjeras⁵⁰.

Como el artículo 207.1 del TFUE le atribuye a la UE el ejercicio de la competencia sobre las “inversiones extranjeras directas”, al negociar el acuerdo con Singapur surgió el interrogante jurídico de si el mismo debía ser concluido solo por la UE o también por sus Estados miembros, habida cuenta de que este acuerdo internacional abarcaba no solo aspectos relacionados con las inversiones extranjeras directas, sino también referentes a las inversiones extranjeras indirectas, es decir, a aquellas que se realizan “en forma de adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa”⁵¹.

El TJUE, reunido en plenario, consideró que esta referencia a las inversiones extranjeras directas en el TFUE “manifiesta sin ambigüedad [la] voluntad [de los Estados miembros de la UE] de no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común. Por lo tanto, debe considerarse que los compromisos contraídos con un tercer Estado sobre estas otras inversiones no están comprendidos en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión a que se refiere el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e)”⁵². Antes al contrario, los acuerdos internacionales relacionados con este tipo de materias se “corresponden a una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros conforme al artículo 4 TFUE, apartados 1 y 2, letra a), en la medida en que se refieran a otros tipos de inversiones”⁵³.

Asimismo, el TJUE confirmó (aunque de una manera muy expedita⁵⁴) la necesidad de que el acuerdo tuviera un carácter mixto a la luz de las disposiciones que prevén la facultad de iniciar arbitrajes de inversión contra los Estados miembros de la UE. El recurso a este medio de solución de las controversias internacionales, “que sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros, no puede tener carácter meramente auxiliar en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 276 del presente dictamen, y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de [los Estados miembros de la UE]”⁵⁵.

Como consecuencia de este dictamen, las relaciones de carácter convencional con Singapur se bifurcaron y el 19 de octubre de 2018 la UE celebró en solitario un acuerdo comercial (en vigor desde el 1 de enero de 2021)⁵⁶, así como un acuerdo sobre protección de inversiones (que todavía se encuentra en proceso de ratificación), en esta ocasión junto a sus Estados miembros precisamente para cumplir con lo establecido en el Dictamen 2/15 en relación al carácter mixto de la competencia.

⁴⁸ STJUE 15 de septiembre de 2011, *Comisión Europea c. República Eslovaca*, C-264/09, ECLI:EU:C:2011:580, apdo. 51.

⁴⁹ DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.

⁵⁰ L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 871-907.

⁵¹ STJUE 10 de noviembre de 2011, *Comisión c. República de Portugal*, C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717, apdo. 47.

⁵² DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 83.

⁵³ *Ibid.*, apdo. 243.

⁵⁴ J. Díez-Hochleitner, “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, 2017, pp. 403-429, pp. 423-426.

⁵⁵ DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 292.

⁵⁶ DO L 294, de 14 de noviembre de 2019.

4. Los litigios posteriores al caso *Achmea*: perfilando los confines del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea

23. Tras la publicación del caso *República Eslovaca c. Achmea*, tres son los litigios que merecen nuestra atención al incidir desde diferentes perspectivas en el alcance jurídico que presenta el principio de autonomía del Derecho de la UE. Nos referimos a la decisión de 30 de abril de 2019 (Dictamen 1/17), la sentencia de 2 de septiembre de 2021 dictada en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y la sentencia de 25 de enero de 2022 mediante la que se resuelve el recurso de casación en el caso *Micula*.

24. La primera decisión (el Dictamen 1/17) fue emitida a petición de Bélgica y a propósito de la compatibilidad con el Derecho originario del novedoso sistema de solución de controversias relativas a inversiones extranjeras (el denominado “*Investment Court System*”⁵⁷) previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá⁵⁸ (en adelante, AECG con Canadá).

En este litigio, una vez aclarada ya la naturaleza de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras (directas e indirectas), se elevó al TJUE una cuestión más específica que se había dejado deliberadamente⁵⁹ fuera de la pregunta sometida a esta institución judicial con ocasión del Dictamen 2/15. Tomando como punto de partida la jurisprudencia del TJUE asentada⁶⁰, entre otros, en el Dictamen 1/09⁶¹ (relativo a la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes⁶²) y el Dictamen 2/13⁶³ (relativo a la adhesión de la UE al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁴), Bélgica consideraba que el sistema de arbitraje de inversión previsto en el AECG con Canadá podía resultar incompatible, entre otros, con el principio de

⁵⁷ En este acuerdo se prevé la creación de un tribunal formado por una lista cerrada de árbitros, así como de un órgano de apelación: ver K. FACH GÓMEZ, “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, nº 1, 2017, pp. 295-302; A. VON WALTER y M.L. ANDRISANI, “Resolution of Investment Disputes”, en M. MOIŠE MBENGUE y S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019, pp. 185-206; y M. FANOU, “The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 22, 2020, pp. 106-132.

⁵⁸ DO L 11, de 14 de enero de 2017.

⁵⁹ En efecto, debe advertirse que la Comisión Europea no formuló esta pregunta al TJUE en el Dictamen 2/15: ver DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 290, en relación con el apdo. 30.

⁶⁰ Para un examen crítico de esta jurisprudencia: ver L.N. GONZÁLEZ ALONSO, “¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los límites de la autonomía del sistema jurídico de la Unión Europea a la luz del Dictamen 1/09”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, 2012, pp. 251-274; M. CIENFUEGOS MATEO, “La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 26, 2012, pp. 1-25; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015, pp. 243-268; P. EECKHOUT, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky”, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, nº 4, 2015, pp. 955-992; J.M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre el dictamen del TJUE nº 2/13, relativo a la adhesión al CEDH, la tutela judicial efectiva en la PESC y la unión de derecho”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 8-9, 2015, pp. 67-92; J.A. GONZÁLEZ VEGA, “La ‘teoría del big bang’ o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 25, 2015, pp. 1-43; 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*, nº 52, 2015, pp. 825-869; J. MALENOVSKÝ, “Comment tirer parti de l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne sur l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue générale de droit international public*, vol. 119, nº 4, 2015, pp. 705-742; E. SPAVENTA, “A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, nº 1, 2015, pp. 35-56; y B. DE WITTE y Š. IMAMOVIĆ, “Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court”, *European Law Review*, nº 5, 2015, pp. 683-705.

⁶¹ DTJUE 8 de marzo de 2011, *Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes*, 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

⁶² DO C 175, de 20 de junio de 2013.

⁶³ DTJUE 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁶⁴ BOE de 10 de octubre de 1979.

autonomía del Derecho de la UE, toda vez que podía invadir la competencia exclusiva que el Derecho originario confiere al TJUE para interpretar este ordenamiento jurídico.

Para examinar este expediente el TJUE consideró, primero, que el derecho aplicable a un arbitraje de inversión sería únicamente el DI aplicable entre las partes, conforme a lo establecido por el artículo 8.31.1 del AECG con Canadá, excluyéndose así expresamente el derecho interno de las partes contratantes y, más en particular el Derecho de la UE, de la competencia interpretativa de un órgano arbitral creado en el marco del citado acuerdo⁶⁵. En efecto, para no erosionar el principio de autonomía del Derecho de la UE, el AECG con Canadá crea una suerte de ficción según la cual este ordenamiento jurídico de carácter internacional y naturaleza institucional no se puede considerar como parte del DI público, sino que forma parte del Derecho interno de una de las partes contratantes del acuerdo. Lo anterior no excluye la posibilidad de que un órgano arbitral no pueda conocer sobre la aplicación del Derecho de la UE, pero en todo caso “dicho examen no podrá equipararse a una interpretación de dicho Derecho por el Tribunal del CETA, sino que consistirá, por el contrario, en una toma en consideración de ese Derecho como elemento de hecho. [...] dicho Tribunal estará obligado a seguir la interpretación dominante de ese Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la mencionada Parte, y dichos órganos jurisdiccionales y autoridades no estarán vinculados, por lo demás, por el sentido que dé a ese Derecho interno el mencionado Tribunal”⁶⁶. De esta forma el AECG con Canadá logra preservar el monopolio interpretativo del TJUE sobre el Derecho de la UE⁶⁷.

En segundo lugar, el TJUE se aseguró de que el recurso al arbitraje de inversión por parte de un inversor canadiense no tuviera repercusiones de política legislativa respecto a la UE, es decir, conculcaría el principio de autonomía del Derecho de la UE una decisión de un órgano arbitral que obligara a las instituciones de la UE (o a sus Estados miembros) a “modificar o retirar una normativa debido a la apreciación realizada por un tribunal que no pertenece a su sistema jurisdiccional acerca del nivel de protección de un interés público establecido, conforme al marco constitucional de la Unión, por las instituciones de esta, tal acuerdo comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional”⁶⁸. El análisis de la compatibilidad de la normativa europea controvertida con los estándares de la UE (derechos humanos y principios generales del ordenamiento de la UE) correspondería, en todo caso, al TJUE y no a un tribunal ubicado extramuros de la UE. De lo contrario, las decisiones de estos tribunales internacionales (imponiendo indemnizaciones a favor de los demandantes) podrían influir o condicionar la capacidad normativa de las instituciones a la hora de adoptar actos legislativos destinados a satisfacer los intereses generales de la UE y que pudieran ir en detrimento de ciertos intereses particulares⁶⁹. En este orden de ideas, el AECG con Canadá no sería contrario al principio de autonomía del Derecho de la UE, precisamente al evitar que los órganos arbitrales creados en su seno “tengan competencia para cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una Parte en materia, en particular, de nivel de protección del orden público, de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales, de la seguridad alimentaria, de los vegetales, del medio ambiente, del bienestar en el trabajo, de la seguridad de los productos, de los consumidores o incluso de los derechos fundamentales”⁷⁰.

⁶⁵ DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 122.

⁶⁶ *Ibid.*, apdo. 131.

⁶⁷ Aunque como se ha afirmado, en todo caso “*it would have been more convincing to show that interpretation is not so much of an issue for the EU’s autonomy as long as the interpretation remains outside EU legal order*”: ver C. RAPOPORT, “Balancing on a Tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ’s Narrow and Tortuous Path for Compatibility of the EU’s Investment Court System (ICS)”, *Common Market Law Review*, vol. 57, n° 6, 2020, pp. 1725-1772, p. 1748.

⁶⁸ DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 150.

⁶⁹ En suma, se trata de una aproximación que pretende preservar la discreción en la acción legislativa de las instituciones de la UE, siguiendo una lógica muy similar a la mantenida por el TJUE cuando se ha pronunciado sobre el efecto directo de los acuerdos celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio: ver STJUE 1 de marzo de 2005, *Léon Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121, apdo. 53.

⁷⁰ DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 160.

El TJUE concluyó que, a diferencia del caso *República Eslovaca c. Achmea*, no había incompatibilidad entre el principio de autonomía del Derecho de la UE y el sistema de arbitraje de inversión previsto por el AECG con Canadá. Cabe advertir, no obstante, que mientras en el caso *República Eslovaca c. Achmea* se discutía este expediente en el contexto de un APPRI intra-UE, el Dictamen 1/17 se refiere a un APPRI extra-UE que, además, carece de eficacia directa en los Estados miembros de la UE.

En cualquier caso, este dictamen supone un paréntesis en la línea que venía transitando el TJUE, que expresaba una posición muy recelosa hacia el diálogo con otros tribunales internacionales cuando esta interacción puede menoscabar el monopolio que posee aquella institución para interpretar y aplicar el Derecho de la UE, en colaboración con los tribunales internos de los Estados miembros⁷¹. En otras palabras, el Dictamen 1/17 ofrece una lectura mucho más compasiva y “sensible”⁷² del principio de autonomía dentro del pluralismo jurídico en el que se desarrolla la acción exterior de la UE, tal y como dispone el artículo 3.5 del TUE⁷³.

25. La segunda decisión de interés que desarrolla los argumentos expresados en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, esto es, que retoma la idea de afianzar el principio de autonomía del Derecho de la UE frente al DI de las inversiones es el caso *República de Moldavia c. Komstroy*⁷⁴. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, que trae causa de un litigio suscitado entre un inversor de nacionalidad ucraniana y Moldavia sobre la base del TCE. Después de que un órgano arbitral hubiera declarado la responsabilidad internacional del Estado y estableciera una indemnización como medida de reparación⁷⁵, el inversor procedió a solicitar la ejecución del laudo ante los tribunales franceses. En esta sede aquel laudo fue anulado al entender el Tribunal de Apelación de París que el órgano arbitral carecía de competencia para resolver la controversia por no versar la misma sobre una inversión protegida por el TCE, aunque posteriormente el Tribunal de Casación consideró que los motivos de anulación se habían empleado incorrectamente, devolviendo el caso al Tribunal de Apelación de París.

Debe destacarse, de entrada, que esta controversia no puede considerarse como intra-UE o extra-UE. Se trata, en cambio, de un arbitraje situado completamente extramuros del proceso de integración europea y cuyos únicos puntos de conexión con la UE son, primero, el TCE (un tratado multilateral en el que la UE y todos sus Estados miembros, a excepción de Italia, son partes) y, segundo, el hecho (no menos importante) de que la ejecución del laudo se solicitó ante los tribunales franceses (puesto que París era la sede del arbitraje). Precisamente este último hecho fue determinante para explicar la relevancia del Derecho de la UE en el caso. Como afirmó el TJUE, “la fijación de la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, en este caso Francia, supone que, a efectos del procedimiento iniciado en el territorio de ese Estado miembro, resulta aplicable el Derecho de la Unión, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, con arreglo al artículo 19 TUE”⁷⁶.

En línea con el principal problema jurídico suscitado ante los tribunales franceses, las tres preguntas planteadas por el Tribunal de Apelación de París versaban sobre el alcance de la noción de in-

⁷¹ Í. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “Mecanismos de arreglo de las diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 59, 2018, pp. 219-262, pp. 248-249.

⁷² C. CONTARTESE y M. ANDENAS, “Opinion 1/17 and Its Themes: An Overview”, *European Papers*, vol. 6, nº 1, 2021, pp. 621-630, p. 624.

⁷³ Se ha afirmado, no sin razón, que el TJUE mantiene, en ocasiones, un enfoque ambiguo respecto a sus relaciones con otros tribunales internacionales, ya que a veces acepta que los Estados miembros sometan controversias a los mismos, mientras que otras veces trata de proteger a toda costa la integridad del Derecho de la UE: ver K. SCHMALENBACH, “Struggle for Exclusiveness: The ECJ and Competing International Tribunals”, en I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET y S. WITTICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1045-1068, p. 1068.

⁷⁴ STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

⁷⁵ *Energolians SARL c. República de Moldavia* (Laudo de 25 de octubre de 2013).

⁷⁶ STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 34. Por su parte, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* el Derecho de la UE podía resultar aplicable al arbitraje de inversión en tanto que el APPRI controvertido señalaba que el derecho aplicable era, además del propio tratado internacional de protección de inversiones, el “Derecho vigente de la Parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes”: ver STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 40.

versión definida por el TCE. Y es que, conforme a la jurisprudencia asentada en el caso *Haegeman*, al tratarse de un acuerdo de la UE (en suma, de un acto de las instituciones de la UE), el TJUE también posee competencia para pronunciarse sobre el TCE en el marco del procedimiento prejudicial⁷⁷.

No obstante, en su análisis el TJUE optó por responder a estas preguntas “teniendo en cuenta el objeto del litigio principal”⁷⁸. Ello explica que, en la práctica, reformulase completamente la primera pregunta planteada por el órgano judicial francés para ofrecer una respuesta que versaba no ya sobre un aspecto sustantivo (el concepto de “inversión” previsto en el artículo 1.6 del TCE), sino sobre un aspecto procesal (la capacidad que tienen los Estados miembros de la UE de manifestar su consentimiento al arbitraje de inversión en virtud del artículo 26.1 del TCE)⁷⁹. Bajo este prisma, el TJUE equiparó el APPRI (de carácter bilateral) controvertido en el caso *República Eslovaca c. Achmea* con el TCE (un tratado multilateral)⁸⁰, para concluir en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* que este último tratado “no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro”⁸¹.

Llama la atención que esta fuera la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada, cuyo objeto insistimos se limitaba a definir el concepto de inversión previsto por el TCE. No cabe duda de que el TJUE realizó algunas afirmaciones que excedían el objeto de la pregunta inicialmente planteada por el Tribunal de Apelación de París, señalando que “aunque el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también Partes contratantes de dicho Tratado respecto de inversiones que estos hayan realizado en dichos Estados miembros, la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho de la Unión se opone a que el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí”⁸². Sin perjuicio de que la anterior afirmación sea correcta con arreglo a la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*⁸³, cabe preguntarse si esta referencia a las relaciones entre los Estados miembros de la UE en el marco del TCE resultaba necesaria, dado que el litigio controvertido enfrentaba a un inversor ucraniano contra Moldavia. Podría argüirse que en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* el TJUE se adelantó a responder la pregunta que Bélgica le había formulado mediante una solicitud de dictamen planteada el 2 de diciembre de 2020⁸⁴.

Para explicar la aproximación mantenida por el TJUE en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y este interés por profundizar en las consecuencias jurídicas que la concepción del principio de autonomía del Derecho de la UE consagrada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* proyecta sobre el TCE, creemos necesario recordar que la cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal de Apelación de París el 24 de septiembre de 2019. Unos pocos días más tarde, el 6 de noviembre de 2019, la Conferencia de la Carta de la Energía decidió adoptar una serie de opciones de política sobre las cuales se enmarcaría la modernización (enmienda) del TCE⁸⁵, un proceso que se encuentra todavía en marcha al tiempo de cerrar estas líneas. El 24 de junio de 2022 una reunión *ad hoc* de la Conferencia de la Carta de

⁷⁷ STJCE 30 de abril de 1974, *R. & V. Haegeman c. Estado belga*, 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, apdos. 3-6.

⁷⁸ STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 39.

⁷⁹ Este planteamiento en la argumentación del TJUE es similar al que mantienen las Conclusiones presentadas por el Abogado General: ver Conclusiones del Abogado General Szpunar, 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164, puntos 28-90.

⁸⁰ STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 64.

⁸¹ *Ibid.*, apdo. 66.

⁸² *Ibid.*, apdo. 65 (cursiva añadida).

⁸³ A. DASHWOOD, “Republic of Moldova v Komstroy LCC: Arbitration under Article 26 ECT outlawed in Intra-EU Disputes by Obiter Dictum”, *European Law Review*, nº 1, 2022, pp. 127-140.

⁸⁴ La pregunta formulada por Bélgica presenta el siguiente tenor: “¿Es compatible con los Tratados, en particular con los artículos 19 TUE y 344 TFUE, el proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado: en lo que respecta al artículo 26 de dicho acuerdo, en caso de que ese artículo pueda interpretarse en el sentido de que permite que se aplique el mecanismo de solución de controversias dentro de la Unión Europea; en la medida en que, si el artículo 26 del citado acuerdo debiera interpretarse en el sentido de que permite que se aplique el mecanismo de solución de controversias dentro de la Unión Europea, ese acuerdo no establece ninguna regla específica expresa ni cláusula de desconexión explícita, en particular en las definiciones de inversión y de inversor del artículo 1 del acuerdo previsto, que disponga la no aplicabilidad del mecanismo general del citado artículo 26 entre los Estados miembros?”.

⁸⁵ CCDEC 2019 08 STR, de 6 de octubre de 2019.

la Energía dio por finalizadas las negociaciones del proceso de modernización sobre la base de un texto que será sometido a la aprobación de las Partes Contratantes el 22 de noviembre de 2022⁸⁶.

No puede descartarse, desde la perspectiva de cualquier observador imparcial y externo al proceso de modernización del TCE, que las decisiones dictadas en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* (y también, por supuesto, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y el caso *Polonia c. PL Holdings*) hayan estado presentes en las negociaciones del proceso de modernización del TCE y que, a la espera de que el TJUE se pronunciara sobre este tema en su Dictamen 1/20⁸⁷, de alguna forma hayan podido servir para que las partes contratantes del TCE se puedan hacer una idea de la necesidad que tiene la UE (y sus Estados miembros) de introducir alguna fórmula explícita⁸⁸ que permita “desconectar” el arbitraje de inversión intra-UE del futuro TCE modernizado. En su comunicado de prensa posterior a la celebración de la ya citada reunión *ad hoc* de la Conferencia de la Carta de la Energía, el Secretariado de la Carta de la Energía informó que “*An article has been introduced that clarifies that Articles 7 (Transit), 26 (Investment dispute settlement), 27 (disputes between Contracting Parties), 29 (trade with non-WTO members) shall not apply among Contracting Parties that are members of the same Regional Economic Integration Organisation in their mutual relations. Currently, the European Union is the only REIO Contracting Party*”⁸⁹.

Al margen de lo anterior, las repercusiones de estas decisiones del TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y el caso *República de Moldavia c. Komstroy* no solo se proyectan sobre las negociaciones de los acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones emprendidas por la UE, sino que también pueden afectar en el plano de la litigación internacional a los arbitrajes de inversión intra-UE entablados contra los Estados miembros de la UE (España entre ellos)⁹⁰.

26. En tercer lugar, destaca el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea en el caso *Micula* contra la sentencia del Tribunal General (en adelante, TG) de la UE que anulaba una decisión dictada por esta institución⁹¹. Aquella decisión tenía por objeto declarar como una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la UE el importe de la indemnización que Rumanía debía abonar a una serie de empresas en virtud de un laudo dictado en su contra por un órgano arbitral constituido en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). El laudo consideraba que Rumanía era internacionalmente responsable al haber retirado un régimen de incentivos fiscales a un grupo de inversores suecos⁹².

El TG había aceptado el recurso de anulación interpuesto por el grupo de inversores contra la citada decisión de la Comisión Europea, mediante una sentencia dictada el 18 de junio de 2019. En esta sentencia, el TG señaló que la Comisión Europea había aplicado la legislación europea controvertida en un periodo en el que Rumanía todavía no era un Estado miembro de la UE y, por lo tanto, carecía de

⁸⁶ CCDEC 2022 10 GEN, de 24 de junio de 2022.

⁸⁷ Una vez que este trabajo ya había sido enviado a los editores de la revista para someterlo al correspondiente proceso de evaluación, el TJUE publicó el Dictamen 1/20. En esta decisión inadmitió la solicitud planteada por Bélgica por considerarla prematura, dado que la negociación del TCE modernizado no había finalizado y todavía no había un consenso sobre un texto final entre las Partes Contratantes. En todo caso en el dictamen sí se desliza que, conforme a la jurisprudencia de la “saga *Achmea*”, existe un problema de compatibilidad entre el TCE y el Derecho de la UE en lo que se refiere a los arbitrajes de inversión intra-UE: ver DTJUE 16 de junio de 2022, *Proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado*, 1/20, apdo. 47.

⁸⁸ La existencia de una cláusula de desconexión implícita en el TCE es un argumento que España, entre otros Estados miembros de la UE implicados en arbitrajes de inversión intra-UE basados en este tratado internacional, ha utilizado para tratar de persuadir (sin éxito) a los órganos arbitrales que conocen estos litigios de su falta de competencia para resolverlos. En este sentido, por todos: ver *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España* (caso CIADI n° ARB/13/30, Decisión sobre jurisdicción de 6 de junio de 2016, párrs. 81-87).

⁸⁹ CCDEC 2022 10 GEN, de 24 de junio de 2022, apdo. 6.

⁹⁰ El análisis de esta cuestión desborda ampliamente los objetivos del presente trabajo. Para un análisis de algunas de las repercusiones jurídicas que la reciente jurisprudencia del TJUE ha generado en el DI de las inversiones y, en particular, en los procedimientos arbitrales que se dirimen al tiempo que se desarrolla este cuerpo jurisprudencial desde Luxemburgo: ver L. ARAGONÉS MOLINA, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, capítulo III.

⁹¹ Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía - Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013 (*DO L 232*, de 4 de septiembre de 2015).

⁹² *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía* (caso CIADI n° ARB/05/20, Laudo de 11 de diciembre de 2013).

competencia para hacerlo: “la Decisión impugnada adolece de ilegalidad en la medida en que calificó de ventaja y de ayuda a efectos del artículo 107 TFUE la atribución, por parte del tribunal arbitral, de una indemnización por daños y perjuicios destinada a compensar los daños resultantes de la retirada de las medidas de incentivo fiscal, al menos para el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Derecho de la Unión en Rumanía”⁹³.

Por su parte, el TJUE aceptó el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea, afirmando que la fecha relevante a la hora de determinar la existencia de una ayuda de Estado “se refiere a la adquisición por esos beneficiarios de un derecho cierto a percibir esa ayuda y al compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder dicha ayuda”⁹⁴ y, por lo tanto, “solo el laudo arbitral concedió el derecho a la indemnización para reparar el perjuicio que los demandantes en el procedimiento arbitral alegan haber sufrido como consecuencia de la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales controvertido”⁹⁵. En suma, la ayuda de Estado no se habría concedido con anterioridad de la adhesión de Rumanía a la UE, sino en un momento posterior que coincide con la fecha de emisión del laudo por parte del órgano arbitral administrado por el CIADI (una vez que Rumanía ya formaba parte de la UE).

Asimismo, el TJUE aprovechó esta sentencia para volver a recordar su jurisprudencia iniciada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* e insistir en la necesidad de respetar el principio de autonomía del Derecho de la UE. En efecto, al tratarse de un arbitraje de inversión sustanciado sobre la base de un APPRI intra-UE (el APPRI celebrado entre Suecia y Rumanía, de 29 de mayo de 2002), el TJUE afirmó con rotundidad que, a partir de la fecha de adhesión de Rumanía a la UE⁹⁶ y a los efectos de garantizar que los arbitrajes de inversión intra-UE “sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia”⁹⁷ del Derecho de la UE, “el sistema de vías de recurso judicial previsto por los Tratados UE y FUE sustituyó a dicho procedimiento de arbitraje, [y] el consentimiento dado a tal efecto por dicho Estado carece en lo sucesivo de todo objeto”⁹⁸.

Aunque el caso *Micula* haya sido remitido al TG para que dicte una nueva sentencia sobre el fondo de la controversia, no cabe descartar que este litigio pueda conocer ulteriores desarrollos ante el TJUE. Primero, porque el Tribunal de Apelación de Bruselas⁹⁹ está a la espera de que se resuelva el caso que pende ahora ante el TG para remitir una cuestión prejudicial en donde se diriman las relaciones entre el Derecho de la UE y el régimen de ejecución de los laudos arbitrales establecido en el Convenio CIA-DI¹⁰⁰. Segundo, porque después de que el Tribunal Supremo del Reino Unido haya reconocido la ejecución del laudo arbitral del CIADI en el caso *Micula*¹⁰¹, la Comisión Europea informó el 9 de febrero de 2022 que iniciaba un procedimiento por incumplimiento del Derecho de la UE contra el Reino Unido¹⁰². Y, tercero, conviene plantearse si este caso puede generar un “efecto llamada” sobre otros arbitrajes de inversión intra-UE que hayan resultado desfavorables para los Estados miembros de la UE. En particular, hay que señalar que la Comisión Europea inició un procedimiento de investigación el 19 de julio de

⁹³ STG 18 de junio de 2019, *European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L. c. Comisión Europea*, T-624/15, T-694/15 y T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423, apdo. 109.

⁹⁴ STJUE 25 de enero de 2022, *Comisión Europea c. European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L.*, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50, apdo. 123.

⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 124.

⁹⁶ Conviene recordar que Rumanía es parte del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE: ver *supra*, párr. 16 de este trabajo.

⁹⁷ STJUE 25 de enero de 2022, *Comisión Europea c. European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L.*, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50, apdo. 139.

⁹⁸ *Ibid.*, apdo. 145.

⁹⁹ Sentencia de 12 de marzo de 2019 del Tribunal de Apelación de Bruselas, casos n° 2016/AR/393 y n° 2016/AR/394.

¹⁰⁰ *BOE* de 13 de septiembre de 1994.

¹⁰¹ Sentencia de 19 de febrero de 2020 del Tribunal Supremo del Reino Unido [2020] UKSC 5.

¹⁰² “Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid”, Nota de prensa de 9 de febrero de 2022.

2021¹⁰³ para determinar si España ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 107 del TFUE en materia de ayudas de Estado, por hechos similares a los descritos en el caso *Micula*¹⁰⁴.

III. El caso *Polonia c. PL Holdings*: un paso más en la delimitación del “arbitraje admisible” para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del principio de autonomía

27. Toda este cuerpo de jurisprudencia, como puede comprobarse por su contenido resumido de manera sintética en las anteriores líneas, ha creado las condiciones necesarias para que el TJUE proceda a afirmar con rotundidad la autonomía del Derecho de la UE en los litigios que se refieren a la compatibilidad con este ordenamiento jurídico del arbitraje de inversión intra-UE ya sea instituido a partir de un APPRI intra-UE ya sea originado sobre la base del TCE.

En efecto, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* fue un APPRI intra-UE quien generó la controversia, mientras que en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* se trataba del TCE. En este epígrafe se expone cómo el TJUE ha dado continuidad a esta línea jurisprudencial (la “saga *Achmea*”) en el caso *Polonia c. PL Holdings*.

1. Marco fáctico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: un intento de “cortocircuitar” la doctrina asentada en el caso *Achmea* apelando al Derecho interno de los Estados miembros y al principio de autonomía de la voluntad de las partes en un contrato

28. El 27 de febrero de 2020 el Tribunal Supremo de Suecia remitió al TJUE una cuestión prejudicial (caso *Polonia c. PL Holdings*) que tenía por objeto determinar las consecuencias de la doctrina asentada en el caso *Achmea* en el marco de un arbitraje de inversión intra-UE. A diferencia de los anteriores precedentes, sin embargo, en el caso *Polonia c. PL Holdings* no se discutía sobre la aplicación de un APPRI intra-UE ni del TCE, a pesar de que la controversia inicial había sido planteada ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, CCE) por un inversor de nacionalidad luxemburguesa contra Polonia a la luz del APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa, de 19 de mayo de 1987. El caso *Polonia c. PL Holdings* planteaba como novedad la existencia de un convenio arbitral *ad hoc* sobre el que se había fundamentado el arbitraje de inversión.

El procedimiento arbitral que da origen al litigio sustanciado ante el TJUE culminó con un laudo donde se reconocía la responsabilidad internacional de Polonia por el incumplimiento de la obligación internacional prevista en el citado tratado de no expropiar de manera injustificada y discriminatoria¹⁰⁵, estableciendo una indemnización a favor de la demandante¹⁰⁶. Polonia acudió a los tribunales suecos (el Tribunal de Apelación de Estocolmo), los competentes en razón de la sede del arbitraje, para solicitar la anulación del laudo alegando, entre otras razones, que el APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa estaba vulnerando la autonomía, la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho de la UE al permitir el arbitraje de inversión intra-UE. De hecho, mientras este litigio era ventilado por el órgano sueco competente, el TJUE dictó su sentencia en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, lo que vino a reforzar la posición jurídica mantenida por Polonia ante los tribunales suecos. Huelga señalar

¹⁰³ DO C 450, de 5 de noviembre de 2021.

¹⁰⁴ De la misma forma que sucede en el caso *Micula*, se trata de una investigación que pretende determinar si el laudo dictado por un órgano arbitral del CIADI en *Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Energía Termosolar B.V. (anteriormente, Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energía Termosolar B.V.) c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/13/31, Laudo de 15 de junio de 2018, rectificado el 29 de enero de 2019), supone una ayuda de Estado contraria al Derecho de la UE. El citado laudo reconoce a las empresas demandantes una indemnización que asciende a 114.900.983 euros calculados el 17 de abril de 2019, esto es, el día de la notificación realizada por España a la Comisión Europea (aunque desde entonces se han acumulado más intereses post-laudo).

¹⁰⁵ *PL Holdings S.à r.l. c. República de Polonia* (caso CCE nº V 2014/163, Laudo parcial de 28 de junio de 2017, párrs. 320-323).

¹⁰⁶ *PL Holdings S.à r.l. c. República de Polonia* (caso CCE nº V 2014/163, Laudo final de 28 de septiembre de 2017, párr. 30).

que la anulación del laudo hubiera permitido a Polonia evitar su ejecución con arreglo a lo establecido en el artículo V.1.e) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras¹⁰⁷.

29. El órgano judicial sueco desestimó el recurso presentado por Polonia, a pesar de reconocer la aplicación de la doctrina que el TJUE había marcado en el caso *República Eslovaca c. Achmea*. En otras palabras, se estimó la invalidez de la cláusula de sometimiento al arbitraje de inversión intra-UE prevista en el APPRI controvertido, en línea con la jurisprudencia del TJUE. No obstante, aceptando los argumentos presentados por el inversor extranjero, el Tribunal de Apelación de Estocolmo consideró que esta invalidez no impedía que un Estado miembro y un inversor celebraran (de forma expresa o implícita) un convenio arbitral para resolver la misma controversia, siempre que la ley de la sede del arbitraje previera esta posibilidad.

En tal caso se trataría de un convenio arbitral basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, esto es, de un convenio arbitral celebrado conforme a principios similares a los que jalonan el arbitraje comercial, que ha sido aceptado por el TJUE¹⁰⁸. Afirmó el Tribunal de Apelación de Estocolmo que: “*Since the TFEU thus does not preclude arbitration agreements between a Member State and an investor in a particular case, a Member State is, based on party autonomy, free -even though the Member State is not bound by a standing offer as such as that in article 8 of the Achmea case or article 9 in this case- to enter into an arbitration agreement with an investor regarding the same dispute at a later stage, e.g. when the investor has initiated arbitral proceedings. An arbitration agreement and arbitral proceedings between, on the one hand, an investor from a Member State and, on the other hand, a Member State, is therefore as such not in violation of the TFEU*”¹⁰⁹.

Es aquí precisamente donde radica la principal novedad que presenta el caso *Polonia c. PL Holdings*. Para tratar de eludir los efectos (potencialmente devastadores para sus pretensiones jurídicas) resultantes de la aplicación de la doctrina plasmada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, el inversor extranjero planteó la existencia de una suerte de desdoblamiento del consentimiento al arbitraje de inversión con arreglo a la Ley de Arbitraje de Suecia. En efecto, conforme a esta línea argumental, Polonia no solo habría manifestado su consentimiento al arbitraje de inversión en el APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa, sino que la invalidez de esa cláusula (siguiendo la lógica argumentativa dispuesta en el caso *República Eslovaca c. Achmea*) no impedía la existencia de otro convenio arbitral paralelo basado en el Derecho interno del Estado de sede del arbitraje. Y la validez de este segundo convenio arbitral, basado en la Ley de Arbitraje de Suecia, no podría discutirse, entre otras razones, porque Polonia no se había opuesto a la jurisdicción del órgano arbitral en tiempo y forma, concretamente alegando la incompatibilidad del convenio arbitral con el Derecho de la UE como argumento para rechazar la jurisdicción del órgano arbitral¹¹⁰.

30. Polonia recurrió esta decisión del Tribunal de Apelación de Estocolmo ante el Tribunal Supremo de Suecia, el órgano remitente de la cuestión prejudicial, reiterando la necesidad de aplicar

¹⁰⁷ BOE de 11 de julio de 1977.

¹⁰⁸ Ver *supra*, apartado II.1 de este trabajo.

¹⁰⁹ Sentencia de 22 de febrero de 2019 del Tribunal de Apelación de Estocolmo, casos nº T 8538-17 y nº T 12033-17, párr. 5.2.3 (traducción no oficial proporcionada por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo).

¹¹⁰ A diferencia de lo sucedido en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, “*The Court of Appeal also notes that the German Federal Court (Bundesgerichtshof), after having received the preliminary ruling from the CJEU in the Achmea ruling in the decision of 31 October 2018 in the case between Slovakia and Achmea, took into account that Slovakia, when the arbitration was initiated, had objected against the arbitral tribunal’s jurisdiction on grounds that the arbitration clause was incompatible with EU law, and that the objection had been maintained throughout the proceedings. The Court found that this meant that Slovakia had not acted in a manner whereby Achmea had reason to believe that Slovakia had accepted the existence of a valid arbitration agreement (paragraph 58). The Court pointed out that it had no relevance if Slovakia, in a dispute with another investor, would waive their objection that the arbitration clause was invalid, since it is permissible to have different strategies in different disputes (paragraph 57). Even if German and Swedish law differs in certain regards, the German ruling supports the conclusion that it is relevant for the question of the validity of the arbitration agreement whether an objection based on EU law was timely submitted. The Court of Appeal therefore concludes that Poland raised its objection that no valid arbitration agreement existed in an untimely manner, and that this objection is therefore precluded, i.e. Poland must be considered to have waived its right to raise the objection as per section 34, second paragraph of the SAA*”: ver *Ibid.*, párr. 5.2.8.

la jurisprudencia asentada por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*. El principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en la Ley de Arbitraje de Suecia, que habría dado lugar al convenio arbitral tácito y que justificaría el recurso al arbitraje de inversión, no podía menoscabar el principio de autonomía del Derecho de la UE excluyendo a este arbitraje de inversión intra-UE del control jurisdiccional del TJUE¹¹¹.

Una eventual admisión de este argumento favorable al principio de autonomía de la voluntad de las partes supondría, en definitiva, un límite importante al alcance de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y, como resultado de lo anterior, permitiría “cortocircuitar” sus efectos en el ordenamiento jurídico de la UE, abriendo una vía de agua en lo que atañe a la protección del principio de autonomía del Derecho de la UE. En este contexto, el Tribunal Supremo de Suecia planteó al TJUE la cuestión¹¹² de si este desdoblamiento en la manifestación del consentimiento al arbitraje de inversión, con fundamento jurídico en el Derecho sueco, podía resultar conforme con el Derecho de la UE a la luz de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*.

2. Marco jurídico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: la inevitable reducción del ámbito de aplicación del arbitraje en el Derecho de la Unión Europea

31. La cuestión prejudicial dirigida al TJUE por el Tribunal Supremo de Suecia, por lo tanto, presentaba como elemento de interés la posible delimitación o concreción del alcance jurídico de la sentencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, especialmente para aquellos arbitrajes de inversión cuya sede radica en un Estado miembro de la UE y que no se someten a las reglas procesales del CIADI.

En efecto, las tres cuestiones prejudiciales examinadas con más detalle en este trabajo (*República Eslovaca c. Achmea*, *República de Moldavia c. Komstroy* y *Polonia c. PL Holdings*) tienen ese denominador común. Se trata de arbitrajes de inversión administrados fuera del marco institucional del CIADI, cuya ejecución y eventual anulación se ha planteado ante los tribunales internos del Estado miembro (Alemania, Francia y Suecia, respectivamente) donde tuvo su sede el arbitraje¹¹³.

32. Por su parte, estos tres precedentes difieren en el instrumento jurídico por el que se manifiesta el consentimiento al arbitraje de inversión. A tenor de la respuesta que el TJUE había dado en *República Eslovaca c. Achmea* (consentimiento manifestado a través de un APPRI intra-UE) y *República de Moldavia c. Komstroy* (consentimiento manifestado a través del TCE), el inversor extranjero trató en *Polonia c. PL Holdings* de encontrar una base jurídica distinta. Con ello pretendía evitar que el TJUE se pronunciara en los mismos términos que en los citados casos, declarando que el consentimiento al arbitraje expresado era contrario al Derecho de la UE. De ahí que buscara investir a este consentimiento con una dimensión cuasi-privada, más próxima al arbitraje comercial¹¹⁴.

Una de las cuestiones que suele suscitar problemas en la práctica del arbitraje de inversión es la presentación de reclamaciones contractuales que se sirven de la “*umbrella clause*” prevista en muchos APPRI para acceder a la protección de carácter convencional que otorgan estos tratados internacionales.

¹¹¹ No deja de ser llamativo, haciendo un breve *excursus*, que Polonia defendiera ante los tribunales suecos con tanto entusiasmo el principio de autonomía del Derecho de la UE, cuando su Tribunal Constitucional no parece tener tan claras las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, en particular, la primacía del Derecho de la UE: ver Sentencia de 7 de octubre de 2021 del Tribunal Constitucional de Polonia, caso nº K3/21.

¹¹² La cuestión prejudicial, en concreto, se formuló de la siguiente manera: “¿Implican los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, tal como han sido interpretados en [la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158)], que un convenio arbitral es inválido si ha sido celebrado entre un Estado miembro y un inversor -cuando en un acuerdo de inversión existe una cláusula arbitral que es inválida debido a que el acuerdo se ha celebrado entre dos Estados miembros- al no haber propuesto el Estado miembro, en ejercicio de su libre voluntad, una excepción de incompetencia después de que el inversor presentara su solicitud de arbitraje?”.

¹¹³ Aunque no debe descartarse que estas mismas conclusiones también sean aplicables a los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI que pretendan ser ejecutados en un Estado miembro de la UE o, mientras quepa iniciar un procedimiento por incumplimiento en su contra ante el TJUE, el Reino Unido: ver *supra*, párr. 26 de este trabajo.

¹¹⁴ Ver *supra*, apartado II.1 de este trabajo.

les¹¹⁵. Pues bien, en *Polonia c. PL Holdings* las líneas maestras que fundamentan las pretensiones del inversor extranjero siguen una lógica muy similar a la anterior, pero a la inversa. Ante la incompatibilidad con el Derecho de la UE que presentan los arbitrajes de inversión intra-UE de carácter convencional (conforme a la jurisprudencia dictada por el TJUE en *República Eslovaca c. Achmea* y *República de Moldavia c. Komstroy*), en *Polonia c. PL Holdings* el inversor trató de “degradar” una reclamación convencional (basada en un APPRI intra-UE) a la naturaleza de reclamación contractual (basada en un acuerdo *ad hoc* fundado en la Ley de Arbitraje de Suecia) con el objeto de que esta última pasara desapercibida bajo el umbral que el TJUE ha establecido para decretar la incompatibilidad del arbitraje de inversión intra-UE con el Derecho de la UE.

En este sentido, algunos Estados miembros (Polonia, Italia, Hungría, Países Bajos y Eslovaquia) y la Comisión Europea alegaron durante el procedimiento prejudicial que no podía hacerse esta equiparación entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión nacido de un acuerdo *ad hoc* entre las partes, puesto que “el asunto del procedimiento principal no es un litigio comercial entre partes en posición de igualdad, sino que se refiere al ejercicio de competencias de soberanía por parte de las autoridades polacas. Cuando un particular está sometido a una medida soberana -en este caso, de los supervisores bancarios- no puede hablarse de libre voluntad, al menos no por parte del particular. Por esta sola razón ya parece poco probable que respecto de dicha medida un Estado miembro celebre posteriormente por su propia voluntad un convenio arbitral con el particular”¹¹⁶.

El carácter público que presenta el arbitraje de inversión es uno de los rasgos que, a nuestro juicio, permiten justificar en buen derecho la aproximación mantenida por el TJUE. Con independencia de que el convenio arbitral se haya celebrado de manera *ad hoc*, no es menos cierto que el mismo trae causa de una relación jurídica que vincula a un particular con un Estado, actuando este último como sujeto de DI público. Las decisiones dictadas por el órgano de solución de las controversias convenido por las partes en un litigio de esta naturaleza deberían ser objeto de un control de legalidad más estricto, a los ojos del TJUE, que las controversias entre particulares resueltas mediante el arbitraje comercial¹¹⁷.

33. El TJUE dejó en manos del Tribunal Supremo de Suecia la determinación de la relevancia jurídica de “las objeciones formuladas por la República de Polonia a lo largo de todo el procedimiento arbitral para determinar la posible existencia de la voluntad de dicho Estado miembro de celebrar, a pesar de la nulidad de la cláusula arbitral que se recoge en el artículo 9 del TBI y, por tanto, del fundamento jurídico invocado por PL Holdings para iniciar el procedimiento arbitral, un convenio arbitral *ad hoc* de idéntico contenido a la cláusula mencionada. En concreto, dicho órgano jurisdiccional deberá asegurarse de que la solicitud de arbitraje de PL Holdings de 28 de noviembre de 2014, según el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC de 2010, permite, junto con la conducta posterior de la República de Polonia, deducir claramente la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*

¹¹⁵ Con carácter general, sobre los problemas que plantea la “*umbrella clause*” en el DI de las inversiones: ver A.C. SINCLAIR, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434; K. YANNACA-SMALL, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *OECD Working Papers on International Investment*, n° 3, 2006, pp. 1-29; S.W. SCHILL, “Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective”, en S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 317-344; y A. RIGO, “The Umbrella Clause”, en M. KINNEAR, G.R. FISCHER, J. MÍNGUEZ ALMEIDA, L.F. TORRES y M. URAN BIDEGAIN (eds.), *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 375-387.

¹¹⁶ Conclusiones de la Abogada General Kokott, 22 de abril de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321, punto 54.

¹¹⁷ Quedaría pendiente determinar la situación de aquellas controversias resueltas mediante un arbitraje comercial en las que interviene una empresa pública que no ejerce funciones estatales (desde el punto de vista del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado). Como dispone el comentario al artículo 5 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el hecho de que “*an entity can be classified as public or private according to the criteria of a given legal system, the existence of a greater or lesser State participation in its capital, or, more generally, in the ownership of its assets, the fact that it is not subject to executive control—these are not decisive criteria for the purpose of attribution of the entity’s conduct to the State. Instead, article 5 refers to the true common feature, namely that these entities are empowered, if only to a limited extent or in a specific context, to exercise specified elements of governmental authority*”: ver *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part 2, p. 43.

entre aquel inversor y la República de Polonia, y de que, por tanto, esta ha tenido la posibilidad de impugnar eficazmente la validez de tal convenio ante el tribunal arbitral podía concluirse que Polonia¹¹⁸.

Si el Tribunal Supremo de Suecia llegaba a la conclusión de que este convenio arbitral tácito no era válido de conformidad con la Ley de Arbitraje de Suecia, el caso debía ser resuelto a favor de Polonia. Para cubrir el supuesto contrario (esto es, que se concluyera por parte del Tribunal Supremo de Suecia la validez del convenio arbitral), el TJUE entró a examinar en su sentencia si este último podía resultar conforme con el Derecho de la UE y, en particular, con el principio de autonomía.

Para desarrollar este análisis partió de lo establecido en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, recordando que mediante un APPRI intra-UE los Estados miembros pueden excluir del control judicial previsto por el Derecho originario un ámbito integrado en el Derecho de la UE, de tal forma que este “acuerdo puede impedir que esos litigios sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia de ese Derecho”¹¹⁹.

En la misma línea de principio afirmó el TJUE que aquella “cláusula arbitral puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho de la Unión, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE. Así pues, dicha cláusula no es compatible con el principio de cooperación leal que establece el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, y vulnera la autonomía del Derecho de la Unión consagrada, entre otros, en el artículo 344 TFUE”¹²⁰. En consecuencia, aceptar el convenio arbitral *ad hoc* basado en la Ley de Arbitraje de Suecia supondría “en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, y de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE”¹²¹.

34. Al margen de mantener y reforzar en esta sentencia su concepción estricta del principio de autonomía del Derecho de la UE, de la que solo el Dictamen 1/17 se escapa por las razones indicadas *supra*¹²², dos cuestiones adicionales que redundan en esta idea merecen ser objeto de comentario y reflexión.

En primer lugar, el TJUE rechazó limitar en el tiempo los efectos de su sentencia, es decir, como argumento alternativo el inversor había solicitado al TJUE que si respondía a la cuestión prejudicial en el sentido de afirmar el principio de autonomía del Derecho de la UE y declarar la invalidez del convenio arbitral *ad hoc*, esta decisión no afectase a los procedimientos de arbitraje que se hubieran incoado de buena fe sobre la base de convenios arbitrales *ad hoc* celebrados con anterioridad a la sentencia. Una decisión de esta naturaleza hubiera mantenido vivos los efectos jurídicos de los laudos arbitrales emitidos en este litigio.

La limitación temporal de los efectos de una sentencia es una medida que el TJUE ha aplicado excepcionalmente y en situaciones “muy concretas”¹²³ y “cuando exist[a] un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de la normativa que se consideraba válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las

¹¹⁸ STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 42.

¹¹⁹ *Ibid.*, apdo. 45.

¹²⁰ *Ibid.*, apdo. 46.

¹²¹ *Ibid.*, apdo. 47, en relación con los apdos. 49-50.

¹²² Ver *supra*, párrafo 24 de este trabajo.

¹²³ Entre la jurisprudencia más reciente: ver STJUE 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora, S.L. c. Generalitat de Catalunya*, C-82/12, ECLI:EU:C:2014:108, apdo. 42; STJUE 22 de septiembre de 2016, *Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA, Hewlett-Packard Italiana Srl, Telecom Italia SpA, Samsung Electronics Italia SpA, Dell SpA, Fastweb SpA, Sony Mobile Communications Italy SpA, Wind Telecomunicazioni SpA c. Ministero per i beni e le attività culturali, Società italiana degli autori ed editori, Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori, en liquidación, Associazione nazionale industrie cinematografiche audiovisive e multimediali, Associazione produttori televisivi*, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717, apdo. 61; STJUE 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, apdo. 57; STJUE 10 de julio de 2019, *WESTbahn Management GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG*, C-210/18, ECLI:EU:C:2019:586, apdo. 46; STJUE 3 de octubre de 2019, *Minoo Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien*, C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, apdo. 62; y STJUE 17 de marzo de 2021, *Academia de Studii Economice din București c. Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman - Ministerul Educației Naționale*, C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210, apdo. 80.

disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los propios comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión”¹²⁴. El TJUE, en esta línea, entendió que no procedía admitir la solicitud porque supondría desvirtuar los efectos de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*¹²⁵.

Y, en segundo lugar, el TJUE afirmó que su sentencia solo se limitaba a declarar la no conformidad con el Derecho de la UE de los convenios arbitrales *ad hoc* “celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal”¹²⁶. Esta afirmación vendría a significar, si se realiza una interpretación literal de la misma, que los contratos de inversión celebrados entre un Estado y un particular en donde se somete la solución de una controversia derivada del mismo al arbitraje de inversión no quedarían afectados por la jurisprudencia dictada en *Polonia c. PL Holdings*.

No obstante, la conclusión a la que acabamos de llegar podría no compadecerse muy bien con lo afirmado por el TJUE en otro apartado de la sentencia, en donde esta institución puntualizó que “*cualquier intento* por parte de un Estado miembro de subsanar la nulidad de una cláusula arbitral mediante un convenio con un inversor de otro Estado miembro contravendría la obligación del primer Estado miembro de impugnar la validez de la cláusula arbitral y podría viciar de ilegalidad la causa misma de dicho convenio, porque esta sería contraria a las disposiciones y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Unión”¹²⁷. De lo anterior podría inferirse una actitud mucho más beligerante del TJUE en lo tocante a los contratos de inversión.

A este respecto, merece la pena recordar las palabras del Abogado General Wathelet en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, advirtiendo que si “se siguiera la lógica de la Comisión, cualquier arbitraje podría menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión”¹²⁸. En definitiva, *Polonia c. PL Holdings* plantea nuevos límites materiales al “arbitraje admisible” desde la perspectiva del principio de autonomía del Derecho de la UE. La práctica del TJUE podrá, en su caso, esclarecerlos en un futuro.

35. Sea como fuere, no cabe duda de que este precedente constituye un nuevo hito en lo que se puede ya considerar como la “saga *Achmea*”. Una saga que continuará ocupando la actividad del TJUE (entre otros precedentes, mediante el Dictamen 1/20 y el caso *Micula*).

IV. Reflexiones finales sobre el impacto de la “saga *Achmea*”

36. Para finalizar, se efectúan varias reflexiones sobre el impacto que está generando la “saga *Achmea*” tanto en el Derecho de la UE como desde la perspectiva del DI de las inversiones.

37. En el plano del Derecho de la UE, en primer lugar, parece evidente que a través de las decisiones dictadas en la “saga *Achmea*” el TJUE se ha alineado con la posición que mantiene la Comisión Europea respecto a la necesidad de poner fin al arbitraje de inversión intra-UE. El principio de autonomía del Derecho de la UE, entre otros, ocupa un lugar preponderante en la argumentación que viene desarrollando el TJUE para fundamentar esta aproximación tan protectora del “polo comunitario”. Ambas instituciones no rechazan de plano el arbitraje de inversión (así lo demuestra el Dictamen 1/17), sino solo aquel arbitraje de inversión intra-UE que se sustrae al control judicial establecido por

¹²⁴ STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 60.

¹²⁵ *Ibid.*, apdos. 65-67.

¹²⁶ *Ibid.*, apdo. 67.

¹²⁷ *Ibid.*, apdo. 54 (cursiva añadida). Una afirmación que puede relacionarse con la conclusión alcanzada por la Abogada General en este litigio, quien manifestó que “el reconocimiento de convenios arbitrales individuales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros crearía un riesgo de violación del Derecho de la Unión por parte de los tribunales arbitrales si los tribunales nacionales no pudieran garantizar que los laudos arbitrales respeten el Derecho de la Unión”: ver Conclusiones de la Abogada General Kokott, 22 de abril de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321, punto 42.

¹²⁸ Conclusiones del Abogado General Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, punto 260.

el Derecho originario y que crea situaciones que potencialmente pueden generar una discriminación para los particulares (piénsese en el distinto trato que han padecido los inversores españoles en energías renovables frente a los inversores internacionales radicados en otros Estados miembros de la UE). No obstante, como queda patente en *Polonia c. PL Holdings*, todavía está por definir para el TJUE si la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” podría generar también situaciones discriminatorias que menoscabasen la virtualidad del principio de autonomía del Derecho de la UE.

En segundo lugar, el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE y las decisiones dictadas por el TJUE en el marco de la “saga *Achmea*” parecen ir logrando la progresiva eliminación del arbitraje de inversión intra-UE, la solución final pergeñada por la Comisión Europea¹²⁹. En la práctica de la litigación comienzan a apreciarse algunas señales de esta tendencia, surgidas muchas de ellas con posterioridad a la sentencia dictada por el TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*. El Tribunal Federal de Justicia alemán dictó una sentencia fechada el 17 de noviembre de 2021 mediante la que, en línea con los casos de la “saga *Achmea*”¹³⁰, rechazaba que un APPRI intra-UE pudiera servir como base para iniciar un arbitraje de inversión¹³¹. El primer arbitraje de inversión entablado contra Dinamarca por un inversor lituano (registrado el 18 de agosto de 2020) fue cerrado el 19 de noviembre de 2021 conforme a la regla de arbitraje 44 del CIADI¹³². El 8 de diciembre de 2021, a resultas de lo dispuesto por el TJUE en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y el caso *Polonia c. PL Holdings*, el Tribunal de Apelación de Estocolmo retiró la cuestión prejudicial que había planteado en el caso *República Italiana c. Athena Investments*¹³³, un litigio que trae causa de un arbitraje de inversión intra-UE administrado por el Instituto de Arbitraje de la CCE y con fundamento en el TCE¹³⁴. El Tribunal Supremo de Lituania ha afirmado la aplicación de la doctrina asentada en la “saga *Achmea*” en una sentencia dictada el 18 de enero de 2022¹³⁵, correspondiente a un litigio planteado ante los tribunales lituanos que corre en paralelo a un arbitraje de inversión intra-UE que se sustancia ante un órgano arbitral del CIADI¹³⁶. Por último, el Tribunal de Apelación de París, mediante una sentencia de 19 de abril de 2022, ha anulado el laudo arbitral dictado el 4 de marzo de 2020 en París¹³⁷, relativo a un litigio que enfrentaba a inversores austriacos contra Polonia, precisamente invocando la jurisprudencia del TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*¹³⁸.

Y, en tercer lugar, no debe olvidarse que los inversores radicados en la UE pueden beneficiarse de los mecanismos de tutela jurisdiccional que les brindan no solo la UE y sus Estados miembros¹³⁹, sino también el Consejo de Europa al calor de los principios de confianza mutua y equivalencia, respectivamente. Además de lo anterior, la Comisión Europea está trabajando en una iniciativa que permitiría

¹²⁹ Este acuerdo, en efecto, es citado expresamente por el TJUE en *Polonia c. PL Holdings*: ver STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 46.

¹³⁰ Sentencia de 17 de noviembre de 2021 del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, caso I ZB 16/21, párrs. 10-13.

¹³¹ *Raiffeisen Bank International AG y Raiffeisenbank Austria d.d. c. República de Croacia* (caso CIADI nº ARB/17/34, Decisión de 30 de septiembre de 2020).

¹³² En un escrito fechado el 8 de julio de 2020, el Ministerio de Justicia de Dinamarca le comunicaba al inversor de nacionalidad lituana que no podía invocar el APPRI celebrado entre Dinamarca y Lituania, de 30 de marzo de 1992, precisamente a la luz de la jurisprudencia dictada por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*.

¹³³ ATJUE 8 de diciembre de 2021, *República Italiana c. Athena Investments A/S* (anteriormente, *Greentech Energy Systems A/S*) e.a., C-155/21, ECLI:EU:C:2021:1032, apdo. 2.

¹³⁴ *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR y NovEnergia II Italian Portfolio SA c. República Italiana* (caso CCE nº 2015/095, Laudo de 23 de diciembre de 2018).

¹³⁵ Sentencia de 18 de enero de 2022 del Tribunal Supremo de Lituania, caso nº 2-55-3-00961-2020-5.

¹³⁶ *Veolia Environnement S.A. y otros c. República de Lituania* (caso CIADI nº ARB/16/3).

¹³⁷ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG y Syrena Immobilien Holding AG c. República de Polonia* (caso CIADI nº ADHOC/15/1, Laudo parcial de 4 de marzo de 2020).

¹³⁸ Sentencia de 19 de abril de 2022 del Tribunal de Apelación de París, caso nº RG 20/13085, párrs. 60-91.

¹³⁹ En este sentido, resulta muy ilustrativa la opinión disidente emitida por el profesor Marcelo Kohen al referirse a la protección que otorgan los APPRI frente al Derecho de la UE, donde señala que a su juicio no existe una distinción “*between Nationals of a Member State and Nationals of other EU Member States. In fact, “the need for international protection” for the latter does not exist for the EU-investors as they are already enjoying it by virtue of international treaties and international institutions -including a permanent judicial Court- and mechanisms, including a judicial system binding on all EU Member States*”: ver *Theodoros Adamakopoulos y otros c. República de Chipre* (caso CIADI nº ARB/15/49, Opinión disidente al laudo de 7 de febrero de 2020, párr. 27).

fomentar las inversiones intra-UE, unificando los estándares de protección sustantivos aplicables a los inversores radicados en todos los Estados miembros y estableciendo mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permitan establecer un marco legal uniforme y eviten la asimetría jurídica que han dispensado los APPRI intra-UE¹⁴⁰. La materialización de esta propuesta en sus dos vertientes (sustantiva y procesal), a medio plazo, eliminaría la dependencia y devoción que los inversores radicados en otros Estados miembros de la UE todavía parecen mantener respecto al arbitraje de inversión intra-UE en la práctica¹⁴¹.

En cualquier caso, la progresiva constricción y eliminación del arbitraje de inversión intra-UE no hace desaparecer el problema de fondo. Los inversores “extranjeros” hoy radicados en Alemania (o cualquier otro Estado miembro de la UE) que presentan un arbitraje de inversión intra-UE contra España en el marco del TCE, si así lo desean, podrán migrar hacia otras latitudes (Reino Unido o Suiza sin ir más lejos) para seguir “conservando su estatus” y disfrutar de la protección internacional brindada tanto por los APPRI existentes como por el TCE. De la misma forma, cabe plantearse si la negativa de los órganos judiciales de un Estado miembro de la UE a reconocer y ejecutar un laudo arbitral intra-UE, conforme a la jurisprudencia de la “saga *Achmea*”, podría tener consecuencias jurídicas en el ámbito del Consejo de Europa, esto es, si podría dar lugar a acciones judiciales ante los tribunales internos que eventualmente fuesen conocidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)¹⁴².

38. Desde la perspectiva del DI de las inversiones, y sin perjuicio de todo lo anterior, no cabe duda de que la posición adoptada por las instituciones de la UE respecto al arbitraje de inversión intra-UE no propicia la interacción entre los diversos regímenes normativos en presencia y, hasta cierto punto, conduce a situaciones contradictorias. En efecto, mientras que la Comisión Europea y el TJUE (en el Dictamen 1/17) aceptan que el Derecho de la UE sea excluido del derecho aplicable al arbitraje, como condición básica para que pueda constituirse un órgano arbitral de carácter internacional que no suponga una amenaza para el principio de autonomía del Derecho de la UE, por otra parte algunos Estados miembros de la UE abogan por considerar que el Derecho de la UE debe aplicarse al arbitraje de inversión intra-UE como parte de las normas de DI público.

En el caso más particular del TCE, no cabe duda de que el TJUE tiene competencia para interpretar este acuerdo internacional de carácter mixto que vincula a la UE y a todos sus Estados miembros (a excepción de Italia). Pero pretender extender los efectos jurídicos de una decisión dictada por el TJUE hacia otras partes contratantes del TCE que no son miembros de la UE (como Azerbaiyán, Reino Unido, Japón o Suiza, por poner solo cuatro ejemplos) resulta una empresa mucho más ardua en aplicación del principio de relatividad de los tratados internacionales. Ello sin perjuicio de que aquella decisión pueda tener cierto impacto político (y jurídico) sobre las partes contratantes que sí son miembros de la UE.

Piénsese, por ejemplo, en los efectos que podría haber generado el Dictamen 1/20, donde se solicitaba expresamente al TJUE que se pronunciara sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE del artículo 26 del TCE¹⁴³ (el precepto que sirve para que las partes contratantes del TCE otorguen su consentimiento al arbitraje de inversión), en el marco del proceso de modernización del TCE si el TJUE hubiese concluido finalmente que existía una incompatibilidad jurídica entre ambos en lo que atañe al arbitraje de inversión intra-UE.

¹⁴⁰ “Investment protection and facilitation framework”, Ref. Ares(2020)2716046, de 26 de mayo de 2020.

¹⁴¹ Valgan como ejemplos de lo anterior los recientes arbitrajes de inversión intra-UE iniciados ante el CIADI durante el año 2022 (antes de la fecha de cierre de este trabajo): ver *Addiko Bank AG c. República de Eslovenia* (caso CIADI nº ARB/22/9, registrado el 30 de marzo de 2022); *WOC Photovoltaik Portfolio GmbH & Co. KG y otros c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/22/12, registrado el 5 de abril de 2022); *Aderlyne Limited c. Rumanía* (caso CIADI nº ARB/22/13, registrado el 3 de mayo de 2022); y *Plaza Centers N.V. c. Rumanía* (caso CIADI nº ARB/22/15, registrado el 3 de junio de 2022).

¹⁴² Una reciente sentencia del TEDH ha declarado la responsabilidad internacional de Eslovaquia por una violación del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*BOE* de 12 de enero de 1991). El hecho internacionalmente ilícito consistiría en que los tribunales internos del Estado habrían impedido el reconocimiento y la ejecución en su territorio de un laudo dictado en el marco de un arbitraje comercial internacional: ver *Caso de BTS Holding, A.S. c. Eslovaquia*, nº 55617/17, TEDH 2022.

¹⁴³ Ver *supra*, nota al pie 84 de este trabajo.

Tampoco parece que los argumentos expresados por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*¹⁴⁴ y el caso *República de Moldavia c. Komstroy*¹⁴⁵ hayan conmovido excesivamente a los órganos llamados a resolver arbitrajes de inversión intra-UE en el marco del TCE¹⁴⁶; unos órganos que también son competentes para interpretar este tratado internacional desde la perspectiva del DI de las inversiones¹⁴⁷. Como se manifestaba en el párrafo anterior, los efectos de la “saga *Achmea*” sí han permeado con más intensidad cuando son los tribunales internos de los Estados miembros de la UE quienes deben resolver la controversia (generalmente en la fase de ejecución del laudo)¹⁴⁸.

La UE y sus Estados miembros están realizando un esfuerzo por adoptar soluciones integradoras en los tratados sobre protección de las inversiones que negocian con terceros Estados, en particular, reforzando los mecanismos de carácter procesal que permiten recurrir al arbitraje de inversión bajo unos parámetros más institucionales¹⁴⁹. Pero todos estos avances no garantizan que se vaya a producir una mayor armonización (o, más bien, una menor asimetría) en el DI de las inversiones. Es más, los esfuerzos de la UE y sus Estados miembros por lograr un mecanismo de solución de controversias más institucionalizado podrían suponer, durante la negociación de un tratado sobre protección de las inversiones, concesiones a la contraparte en lo que atañe a los estándares de protección sustantivos. Aunque no es menos cierto que la institucionalización de los mecanismos de solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras (por ejemplo, mediante la creación de un órgano de apelaciones), puede contribuir en buena medida a reducir los riesgos que plantea la asimetría sustantiva en el DI de las inversiones.

39. En suma, las dos manifestaciones del principio de autonomía examinadas en este trabajo no parece que vayan a ceder y seguirán manteniendo un pulso que, por otra parte, constituye una evidencia del particularismo que caracteriza al DI contemporáneo. Bien es cierto que la UE (y sus Estados miembros) tienen una inmejorable ocasión para contribuir de manera constructiva al progresivo desarrollo del DI de las inversiones aportando su experiencia no solo en materia comercial, sino también su acervo en materia de tutela de los derechos fundamentales y promoción del Estado de derecho.

¹⁴⁴ *UP y C.D Holding Internationale (anteriormente, Le Cheque Dejeuner) c. Hungría* (caso CIADI nº ARB/13/35, Decisión sobre anulación de 11 de agosto de 2021, párrs. 114-124).

¹⁴⁵ *Mathias Kruck y otros c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/15/23, Decisión sobre la solicitud de reconsideración de 6 de diciembre de 2021, párr. 45); y *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd c. República Italiana* (caso CIADI nº ARB/17/14, Decisión sobre la solicitud de reconsideración de 20 de diciembre de 2021).

¹⁴⁶ Para un análisis sistemático de la práctica arbitral, así como de las implicaciones jurídicas que conlleva respecto a los principios de cosa juzgada y buena administración de justicia: ver L. ARAGONÉS MOLINA, “La reconsideración ante el CIADI: un mecanismo procesal para fomentar la corrección del laudo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 76-111.

¹⁴⁷ Una vez que este trabajo ya se había remitido a los editores de la revista para su evaluación, un órgano arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la CCE rechazó su jurisdicción para conocer sobre un arbitraje de inversión intra-UE y aceptó los argumentos presentados por España relacionados con la idoneidad del Derecho de la UE a la hora de ponderar la competencia del órgano arbitral. Se trata de un arbitraje de inversión basado en el TCE y con sede en Estocolmo, es decir, un litigio que queda directamente bajo los efectos de la “saga *Achmea*”. Será necesario seguir de cerca el impacto que puede tener este laudo, en particular, para determinar si se extiende también a los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI: ver *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. Reino de España* (caso CCE nº V 2016/135, Laudo de 16 de junio de 2022, párrs. 420-445).

¹⁴⁸ Se ha afirmado que el impacto jurídico de la “saga *Achmea*” no va más allá del Derecho de la UE, aunque como advertíamos estas decisiones también pueden producir efectos en el marco de la negociación por parte de la UE de futuros tratados sobre protección de las inversiones y, tras la emisión del laudo citado en la anterior nota al pie, debe considerarse el impacto que pueda tener el mismo en otros arbitrajes de inversión: ver J. ODERMATT, “Is EU Law International? Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*”, *European Papers*, vol. 6, nº 1 (2021), pp. 1255-1268.

¹⁴⁹ Una práctica que se reproduce en el marco de los trabajos desarrollados por el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: ver A/CN.9/1092, de 23 de marzo de 2022.

El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos

The *full damages rule* principle and the limitation of the *quantum respondatur* for the contribution to the creditor`s damage in modern contract Law

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 23.05.2022 / Aceptado: 11.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7201

Resumen: La reparación integral del daño o *full damages rule* es el principio rector del cálculo de los daños y perjuicios. En el moderno derecho de los contratos se ha establecido la regla general de que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados. De lo anterior deriva de que la medida, o el interés protegido por la indemnización de daños y perjuicios, sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor. En los textos del moderno derecho de la contratación (PICC, PECL, DCFR Y CESL) se regula de forma expresa la no responsabilidad del deudor por los daños sufridos por el acreedor en la medida en que este haya contribuido a los mismos. En nuestro Código civil no existe un precepto que de forma expresa recoja tal limitación del monto indemnizatorio. Han sido nuestra jurisprudencia y doctrina las que han tratado de delimitar su configuración y contenido mediante la figura denominada concurrencia de culpas o de causas. La importancia de la figura no es baladí puesto que junto a la carga de evitar o mitigar el daño y el test de previsibilidad configuran reglas de comportamiento que deben ser respetadas, teniendo como función principal la delimitación del *quantum respondatur*. La finalidad del presente trabajo es analizar la anatomía de la regla, su formulación en el nuevo derecho de los contratos, así como su fundamento, función y efectos sobre el quantum indemnizatorio.

Palabras clave: Indemnización de daños y perjuicios, reparación integral del daño, interés contractual positivo, contribución al daño por el perjudicado, reducción de la indemnización.

Abstract: Damage or full damages rule is the guiding principle for calculating damages. In modern Contract Law, the general rule is that the party who suffers the damages derived from the breach has the right to be placed in a position as similar as possible to that which he would have had if the contract had been executed in the agreed terms. From the foregoing, it follows that the measure, or the interest protected by compensation for damages is the interest in compliance or the creditor`s positive contractual interest. The texts of modern Contract Law (PICC, PECL, DCFR and CESL) expressly regulate the non-responsibility of the debtor for the damages suffered by the creditor to the extent that the creditor has contributed to them. In our Civil Code there is no precept that expressly includes such limitation to the amount of compensation. It has been our case law and doctrine that have tried to delimit

its configuration and content through the figure called concurrence of faults or causes. The importance of the figure is not trivial since, together with the burden of avoiding or mitigating the damage and the predictability test, they configure rules of behavior that must be respected, having as their main function the delimitation of the quantum respondatur. The purpose of this paper is to analyze the anatomy of the rule, its formulation in the new Law of Contracts, as well as its foundation, function and effects on the compensation quantum.

Keywords: Damages, full damages rule, expectation interest, contribution to the creditor's damage, limitation of the quantum respondatur

Sumario: I. Planteamiento. II. Full damages rule o reparación integral del daño. III. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo. IV. Formulación y delimitación de la regla en los textos del moderno derecho de los contratos. V. Fundamento y función. VI. Tratamiento en el Derecho español. VII. La reducción de la indemnización en proporción a la contribución al daño. VIII. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. El principio rector del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación integral del daño o *full damages rule*, existiendo cierto consenso sobre que dicho principio se canaliza mediante la protección del interés contractual positivo o *expectation interest*¹, en virtud del cual la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiera ejecutado en los términos pactados. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente padecido, de forma que no quede parte del mismo sin resarcir, y sin que la indemnización suponga un enriquecimiento para la parte perjudicada, lo que no es más que una consecuencia de la naturaleza compensatoria o resarcitoria del remedio indemnizatorio. Tal derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y, por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte, es decir, su contribución al daño. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN justifica la presencia en nuestro Derecho de los anteriores criterios de delimitación del *quantum respondatur* afirmando que “la tradición del Derecho contractual del que nuestro Código es heredero, ha introducido algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación”².

2. El presente trabajo tiene por objeto, como ya se ha dicho, el análisis de los daños imputables al acreedor, como parámetro de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido su actitud en la causación y en la extensión de los daños.

3. A diferencia del moderno derecho de los contratos que la prevén en los artículos 7.4.7. de los *Principles International Commercial Contracts* (en adelante PICC), 9:504 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL), III.-3:704 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) y 162 del *Common European Sales Law* (en adelante CESL), no existe en nuestro Código civil un artículo que de forma expresa recoja tal regla de comportamiento. Es llamativo que, siendo un criterio bien asentado en nuestra jurisprudencia bajo la discutida denominación de concurrencia de culpas,

¹ L.L. FULLER / W.R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957, p. 10.

² L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 783.

haya sido preterido por la Comisión de Codificación en su Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (en adelante PMCC).

II. *Full damages rule* o reparación integral del daño

4. El principio de la reparación integral del daño que inspira la indemnización de daños y perjuicios fue consagrado por primera vez en los textos normativos supranacionales en el artículo 82 de la *Uniform Law on the International Sale of Goods* (en adelante ULIS) que dispone la regla general de que “cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte”. A la misma regla obedece el artículo 74 de la *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (en adelante CISG), que proporciona una norma general aplicable cuando tanto comprador como vendedor en virtud de lo dispuesto en sus artículos 45 y 61, tienen derecho a una indemnización por los daños “que comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener”.

5. El principio o criterio rector del cálculo de los daños y perjuicios se consagra en los PECL en el artículo 9:502: “la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener”. Del tenor literal del artículo deriva que, además de la función principal de recoger el criterio de la reparación integral del daño, en los PECL la obligación de indemnizar los daños y perjuicios es siempre una obligación pecuniaria, no siendo posible la indemnización *in natura*. El citado artículo dispone en su parte primera la regla general de reparación integral del daño³. La segunda, que no es más que una concreción de la regla general enunciada, establece expresamente que la parte perjudicada ha de ser resarcida no sólo por las pérdidas efectivamente sufridas, es decir el *damnum emergens*, sino también por las ganancias dejadas de obtener, o lo que es lo mismo, por el *lucrum cesans*⁴. Por tanto, la indemnización comprenderá el daño emergente y el lucro cesante, los daños indirectos o *consequential loss*, los menoscabos sufridos en los bienes de naturaleza no patrimonial, así como los denominados daños futuros. Limitándonos ahora al estudio del criterio general de la reparación integral del daño o *full damages rule* adoptado en los PECL y en los demás textos de *soft law*. Respecto a los criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios en los PECL, afirman LANDO y BEALE, que en el artículo 9:502 “se combina el concepto del beneficio esperado, base de la indemnización por daños y perjuicios, con la tradicional norma, originaria del Derecho

³ Sobre la regla general de la reparación integral del daño en los PECL, *vid.*, entre otros: L. Chengwei, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 2 y 3; L. Díez-Picazo / E. Roca Trias / A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 374 y 375; F. Gómez Pomar, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret 3/2007*, (www.indret.com), pp. 19-24; O. Lando / H. Beale, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 646-650; A. Mari, «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antoniolli y Anna Veneziano) Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, p. 448; J. Marsal Guillamet / E. Lauroba Lacasa, «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 465; A.M. Morales Moreno, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 217; S. Navas Navarro, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1241 y 1242; y M.L. Palazón Garrido, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 90 y «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA.VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 813-817.

⁴ Con relación al art. 9:502, indican L. DIEZ-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, que «la medida de la indemnización de los daños es, por regla general, la cantidad que permita colocar, en lo posible, a la parte insatisfecha en la situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiera sido adecuadamente cumplido», *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 374.

romano, del *damnum emergens* y el *lucrum cesans* que significa que la parte perjudicada tiene derecho a que se le compense por un importe equivalente al valor de las expectativas contractuales frustradas”⁵.

6. De forma más rotunda y en similares términos al artículo 9:502 PECL, el artículo 7.4.2 PICC dispone que “la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada”. Del principio de reparación integral del daño adoptado por los artículos citados deriva de forma nítida, que “la filosofía básica de la acción por daños y perjuicios consiste en cobrar a la parte perjudicada en las mismas condiciones económicas en que habría quedado de haberse cumplido el contrato. La referencia explícita al lucro cesante es necesaria porque en algunos sistemas jurídicos el concepto de “pérdida” en si no incluye ese lucro”⁶.

7. Sobre la regla general de la reparación integral del daño contemplada en los precitados artículos, indica OLIVA BLÁZQUEZ, que “este principio refleja una fuerte influencia de los modelos indemnizatorios recogidos en los países del «common law», donde la disciplina del resarcimiento gira en torno a los «expectations interest» y tiene como finalidad la de colocar a la parte acreedora del cumplimiento en la misma posición en la que se encontraría de no haberse ratificado tal incumplimiento”⁷.

8. Como no podía ser de otra manera, el DCFR también ha adoptado el principio de reparación integral del daño en su artículo III-3:702, disponiendo que “the general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived”⁸.

9. En el fondo, el principio de la reparación integral del daño o, en su expresión latina, *restitutio in integrum*, no es más que la consecuencia principal de la función que tiene el remedio indemnizatorio en el sistema de responsabilidad contractual. Si la indemnización tiene una función reparadora, solo podrá ser efectiva si la parte que sufre el incumplimiento obtiene una compensación por todos los menoscabos sufridos, mediante el reequilibrio, la restauración al estado en el que se encontraría, si no se hubiese producido el incumplimiento que obliga a la parte incumplidora a indemnizar⁹. En tal sentido CHENGWEI, afirma que “the general measure of damages is the principle of full compensation, namely that the creditor is entitled to be put into the same position as he would have been had the debtor complied with the terms of his contract”.

10. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente producido, de forma que no quede parte del daño sin resarcir, pero también sin que la indemnización suponga un enriquecimiento sin causa para la parte perjudicada. Lo anterior deberá incentivar al órgano juzgador del incumplimiento imputable que produzca daños, a buscar el perfecto equilibrio entre los daños y su reparación¹⁰. En la comprensión de que la indemnización de daños y perjuicios no puede pro-

⁵ O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 646.

⁶ Comentarios sobre el proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparados por la secretaría, <http://www.Uc3m.es/uc3m/dpto/pr/dppr03/cisg/1.Htm1>, p. 21.

⁷ F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 215.

⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke Interim Outline Edition, Seller, Munich, 2008, p. 923. *Vid.*, sobre el principio de reparación integral del daño en el Derecho comparado y en los textos del moderno derecho de los contratos, M.L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 187-190.

⁹ L. CHENGWEI, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, cit. p. 3.

¹⁰ En este sentido, el comentario oficial al art. 7.4.2. PICC, indica que “el incumplimiento no debe ser una fuente de

ducir un enriquecimiento para la parte perjudicada, es donde cobra virtualidad la obligación de reducir la cuantía de los daños, el de las ganancias obtenidas por el incumplimiento o el de los gastos no realizados por la parte perjudicada, lo que se conoce como la compensación de las pérdidas con las ganancias que el incumplimiento ha producido en el acreedor, o *compensatio lucri cum damno*.

11. La regla enunciada en el artículo 9:502 PECL se encuentra estrechamente vinculada con las de los artículos 9:506 y 9:507 PECL, relativos al cálculo de la indemnización, en función de que se haya realizado o no una operación de reemplazo o de sustitución¹¹. Ambos preceptos, que parten del supuesto común de que la parte agraviada resuelve el contrato, contemplan, como medida de la indemnización, las diferencias existentes entre el precio del contrato primitivamente celebrado e incumplido y un segundo contrato celebrado con un tercero, en el caso del artículo 9:506¹²; y entre el precio pactado en el contrato y el precio corriente de mercado para la misma prestación al tiempo de la resolución, según el artículo 9:507 PECL¹³. En ambos casos, y con la finalidad del respeto máximo por el principio de la *res-titutio in integrum*, con la obligación de indemnizar cualquier otro daño derivado del incumplimiento¹⁴.

12. Que la parte perjudicada tenga derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, al existir tres importantes excepciones o limitaciones, pues para el cálculo habrá de tenerse en consideración:

- a). El test de previsibilidad del daño, establecido en los artículos 82 y 86 ULIS, 74 CISG, 7.4.4. PICC, 9:503 PECL, III-3:703 DCFR y 161 CESL.
- b). La influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o parte de los daños (artículos 80 CISG, 9:504 PECL, 7.4.7. PICC, III-3:704 DCFR y 162 CESL).
- c). Y, por último, el deber que recae sobre el perjudicado de mitigar los daños, recogido en los artículos 77 CISG, 7.4.8. PICC, 9:505 PECL, III-3:705 DCFR y 153.1 CESL¹⁵.

menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada”. *Vid.*, E. MCKENDRICK, «Commentary Arts. 7.4.1 a 7.4.13», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 872-879.

¹¹ Al respecto, indica L. CHENGWEI, que “in a contract for the sale of goods or supply of services this is usually measured by the difference between the contract price and the market or current price but where the aggrieved party has made a cover transaction”, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, cit. p. 2.

¹² “O acuerda cederle a H el uso de su galería de arte para una exposición, por un precio de 1.000 £. Poco tiempo antes de que vaya a tener lugar la exposición, O informa a H de que no podrá disponer de la galería. H consigue encontrar otra galería próxima de tamaño y condiciones similares por un precio de 1.500 £. Tendrá derecho a una indemnización de 500£, que es el importe al que asciende la diferencia entre el contrato inicial y el precio del negocio de sustitución, y también tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios por otros gastos razonables (p. ej.: el de cambiar la dirección en los carteles anunciadores y en las invitaciones”, O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 662.

¹³ “S celebra un contrato por el que le vende a B 50 toneladas de café al precio de 1.800 £ la tonelada, a entregar el 1 de julio. S no cumple con su deber de entrega del café. El precio del mercado el 1 de julio es de 2.000 £ la tonelada. B tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios de 10.000 £ (es decir, 50 x 200 £ = 10.000 £), incluso aunque no hubiera celebrado una adquisición sustitutiva en el mercado”, O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 664.

¹⁴ En relación con los arts. 9:506 y 9:507, indica M.L. PALAZÓN GARRIDO, que “respecto al cálculo del daño, los Principios consagran algunos criterios: Así, en caso de que se elija la resolución, los PECL proporcionan un sistema de valoración concreto: la operación de reemplazo (art. 9.506), consistiendo la indemnización en la diferencia entre el precio fijado en el contrato incumplido y el de la operación substitutiva (CISG, art. 75 y principios Unidroit, art. 7.4.5). Esta operación o negocio de reemplazo se ha de encuadrar dentro del deber de mitigar el daño, establecido por el estudiado art. 9.505 PECL. Si no se ha realizado la operación de reemplazo, el art. 9.507 (como el 76 CISG y el art. 7.4.6 de los Principios Unidroit) señala un sistema de cálculo abstracto: la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado”, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», cit. pp. 90 y 91.

¹⁵ Sobre los límites al principio de reparación integral del daño, *vid.*: L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. pp. 377-382; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 22 y 23; J. MARSAL GUILLAMET / E. LAUROBA LACASA, «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», *cit.*, pp. 465-468; A.M. MORALES MORENO, *La*

13. En definitiva, los artículos citados en las letras b) y c) anteriores, constituyen la que puede ser denominada *posición jurídica o estatuto jurídico del perjudicado en la indemnización de los daños y perjuicios*, puesto que toman en consideración, como parámetro, en su caso, de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido la actitud del perjudicado en la causación y en la extensión de los daños derivados del incumplimiento. En el fondo, en ambos preceptos está latente el principio de buena fe que inspira todo el articulado de los textos del moderno derecho de los contratos. Por tanto, el criterio general será concretado en cada caso, teniendo en cuenta “la manifestación del incumplimiento, los efectos que el mismo produzca en el acreedor y las medidas que éste adopte”¹⁶. Será el perjudicado el que tendrá que probar el incumplimiento y los daños derivados del mismo, siendo por cuenta del incumplidor de buena fe la prueba de que los daños no habían sido previstos, así como en todo caso, que el perjudicado había contribuido a su causación o extensión, y que no había adoptado las medidas necesarias para su mitigación. Antes de entrar en la consideración de los extremos anteriores, habrá de verificarse que no nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento justificado del contrato, en cuyo caso no es posible ejercitar el remedio indemnizatorio, y cuya prueba debe ser realizada por la parte que alega que tal incumplimiento está justificado.

14. De lo hasta aquí expuesto, debemos distinguir una doble eficacia, o manifestación, del principio de reparación integral de los daños. Una primera, en la que dicho principio se vería atenuado o enervado, total o parcialmente, por concurrir alguno o todos los supuestos contemplados en los artículos 9:503, 9:504 y 9:505 PECL y los concordantes en los otros textos que venimos citando. Y una segunda, en la que el perjudicado no verá limitada la cuantía indemnizatoria por no darse ninguna de las anteriores limitaciones, y que supondría llevar al principio de reparación integral hasta sus últimas consecuencias, siempre y cuando todos y cada uno de los daños sean resultado del incumplimiento. Al respecto, ha señalado PALAZÓN GARRIDO, que “los Principios Lando contemplan una excepción al test de la previsibilidad: que los daños hayan sido causados por el incumplimiento doloso o gravemente culposo (art. 9.503, *in fine*), en cuyo caso se impone radicalmente la indemnización integral. Para fijar la medida de los daños, otro parámetro que los PECL (como la CISG y los Unidroit) exigen tener en cuenta es la actitud del propio acreedor. En consecuencia, el deudor no será responsable de las pérdidas atribuibles a la parte perjudicada (art. 9.504), y se impone al acreedor el deber de mitigar los daños (art. 9.505), cuyo incumplimiento conlleva la reducción de la indemnización”¹⁷.

15. Por último, hemos de señalar que nuestro Derecho también acoge el principio de reparación integral del daño¹⁸. También debe destacarse que el principio de reparación integral goza de un abun-

Modernización del Derecho de Obligaciones, cit. pp. 217-220; S. NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», cit. pp. 1242-1246; M.L. PALAZÓN GARRIDO, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», cit. p. 90 y «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA.VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, cit., pp. 218 a 226; R. STONE, *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568; y R. ZIMMERMANN., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 129-131.

¹⁶ L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 374.

¹⁷ M.L. PALAZÓN GARRIDO, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», cit. p. 90.

¹⁸ Sobre el principio de reparación integral del daño en nuestra doctrina, *vid.*: A. CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 230 y ss.; L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. p. 783; J.L. LACRUZ BERDEJO / F.A. SANCHO REBULLIDA / A. LUNA SERRANO / J. DELGADO ECHEVARRIA / F. RIVERO HERNÁNDEZ / J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 209 y 210; A.M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 146 y 147; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, pp. 615 y 616. También debe destacarse que el principio de reparación integral goza de un abundantísimo respaldo jurisprudencial. Pueden citarse numerosas sentencias de nuestro TS, entre otras, las siguientes: de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1979, 18), “la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)”; en el mismo sentido las de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727); de 29 de marzo de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 3189) y de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538).

dantísimo respaldo jurisprudencial. Pueden citarse numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, las siguientes: de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1979, 18), “la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)”; en el mismo sentido las de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727); de 29 de marzo de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 3189) y de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538).

16. No obstante, dicho principio también se encuentra sometido, como señala Díez-PICAZO, a “algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación”¹⁹. Dichos paliativos son los mismos que hemos visto en los PECL: el deber de mitigar el daño, los daños ocasionados en todo o en parte por la parte perjudicada, y el test de previsibilidad.

III. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo

17. El artículo 9:502 PECL²⁰ constituye el punto de partida en lo que respecta a la medida o cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL, consagrando que el interés de indemnidad que persigue la parte perjudicada por los menoscabos sufridos por el incumplimiento, es el de la reparación integral del daño²¹. De dicho artículo deriva que la medida, o el interés protegido por la indemnización sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor, *expectation interest* en la terminología del *Common Law*²². Sobre el interés contractual positivo señala TREITEL que “the starting principle is that the object of awarding damages for breach of contract is to put the aggrieved party into as good a financial position as that in which he would have been if the contract had been duly performed. This process has been called compensating the aggrieved party for loss of his bargain or of his expectation interest”²³. En la doctrina española también ha tenido acogida el interés positivo

¹⁹ L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. p. 783.

²⁰ O. LANDO / H. BEALE, afirman con relación al art. 9:502 que “el importe que se puede recuperar en concepto de daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos. La indemnización por daños prevista por este artículo no pretende que se lleve a cabo una restitución (es decir, no trata de que las partes vuelvan a su anterior situación, renunciando ambas a las ganancias que se hubieran recibido); se podrá disponer de este remedio en las circunstancias previstas por el artículo 9.307”, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 646.

²¹ La protección por la indemnización de daños del interés positivo o de cumplimiento es un principio aceptado en la mayoría de los ordenamientos europeos, así O. LANDO / H. BEALE, afirman en las notas de Derecho comparado del art. 9:502 que “los ordenamientos jurídicos parecen de acuerdo en que el cálculo de las indemnizaciones por daños deberían permitir que la parte perjudicada vuelva a gozar de la posición que hubiera tenido en caso de cumplirse correctamente el contrato. En el *COMMON LAW* esta medida para el cálculo de los daños se denomina en general «*expectation interest*» (ver *Fuller & Perdue* (1936) 46 *Yale L.J.* 52); en ALEMANÍA y AUSTRIA se denomina «*positives Interesse*» o «*Erfüllungsinteresse*». Se opone al «*reliance interest*» que trata de devolver al perjudicado a la posición que tendría de no haberse celebrado el contrato (y que equivaldría al «*Vertrauensinteresse*» alemán). Respecto de esta distinción, ver en DINAMARCA *Gomard*, *Obligationsret* II 153 ss.; INGLATERRA, *Treitel*, *Remedies* § 82 y, respecto al «*expectation interest*» *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850, 855; FINLANDIA *Aurejärvi* 132-136, ALEMANÍA *Palandt (-Heinrichs)* n. 16-18; AUSTRIA *Koziol*, I 34; ITALIA *Visintini* 196; SUECIA; *Ramberg*, *Köplagen* 112, 649 ss. En el Derecho FRANCÉS, los autores suelen no tratar de esta distinción, v. *Treitel*, *Remedies* § 89; en cambio, en ESPAÑA, se va generalizando (*Díez-Picazo* II, 683; *Pantaleón*, 1019 ss.), *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 648 y 649. *Vid.*, M.L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. pp. 190-193. Sobre la distinción entre el interés positivo y el negativo en el trabajo de M^a.P. GARCÍA RUBIO, indica que el concepto de interés positivo *versus* interés negativo ha tenido importancia en situaciones concretas donde era dudoso si era indemnizable uno u otro, como en los supuestos de responsabilidad precontractual o de resolución del contrato, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 230-254.

²² L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. pp. 787 y 788.

²³ G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2^a ed., Oxford, 1989, p. 82.

como el protegido por el remedio resarcitorio, así indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, que “con carácter general, el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, se comprende en lo que la doctrina ha denominado el «interés positivo». El objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado”.

18. El interés positivo o de cumplimiento tiene como objetivo situar a la parte perjudicada en una posición lo más parecida posible a la que tendría si se hubiese cumplido la prestación en sus exactos términos²⁴. Por tanto, en los PECL la protección del interés negativo o de confianza²⁵ no es el requerido en los supuestos de incumplimiento. Al respecto, afirman LANDO y BEALE, que “en determinados ordenamientos se permite que el perjudicado reclame el interés negativo en lugar del interés positivo o esperado. Así ocurre en el Derecho Danés, en donde es posible reclamarlo incluso aunque el perjudicado vaya a verse en una mejor posición de la que tendría de haberse cumplido el contrato, v. *Gommar*, *Obligation-sret* II 202. En Alemania el interés negativo puede reclamarse en los casos en que el perjudicado resuelve el contrato y se le priva de la posibilidad de obtener el beneficio esperado, v. *Palandt (Heinrichs)* § 325 n. 25. Grecia tiene expresamente prevista la indemnización por daños y perjuicios ponderada en función de criterios de equidad. En el Derecho Sueco este caso no se halla resuelto, v. *Rambert*, *Avtalsrätt* 56 ss. El Derecho Inglés permite que se obtenga el interés negativo siempre que el perjudicado no se sitúe, con ello, en mejor posición de la que hubiera tenido de haberse cumplido el contrato, v. *Treitel*, *Remedies* §94. En tal sentido, los gastos que se hayan desaprovechado pueden recuperarse en concepto del «*reliance interest*», pero no cuando no se hubieran compensado en caso de haberse cumplido el contrato, lo que colocaría al perjudicado en mejor posición de la que en realidad tendría: *C&P Haulage Ltd. V. Middleton* [1983] 1 W.L.R. 1461 (C.A.). en el Derecho ESCOCES v. *Macgregor*²⁶.

19. Como señala PANTALEÓN PRIETO en relación con la CISG, no se trata de situar a la parte perjudicada en la situación “en la que se habría encontrado si nunca hubiera negociado con la otra parte, si no hubiera invertido su confianza en la validez y ejecución del contrato”²⁷.

También R. STONE, afirma que “the basic principle of contractual damages is that of *restitutio in integrum*, or full restitution, which involves putting the innocent party into the position it would have been in had the contract been performed. This principle can be traced back to *Robinson v Harman*, and has recently been restated by Lord Scott in *Farley v Skinner*. The basic principle of damages for breach of contract is that the injured party is entitled, so far as money can do it, to be put in the position he would have been in if the contractual obligation had been properly performed. He is entitled, that is to say, to the benefit of his bargain”, *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568.

²⁴ En tal sentido S. NAVAS NAVARRO, indica que “con carácter general, el art. 9:502 prescribe que la indemnización debe consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Se trata de indemnizar, en la línea de la CV (art. 74) y de los Principios UNIDROIT (ART. 7.4.2), el interés contractual positivo o interés de cumplimiento (*erfüllungsinteresse*, *expectation interest*), excluyéndose el interés contractual negativo o interés de la confianza (*Vertrauensinteresse*, *reliance interest*), es decir, la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, si no hubiera confiado en la ejecución del contrato”, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», cit. pp. 1241 y 1242.

²⁵ Sobre el interés negativo o de confianza, también se ha pronunciado G.H. TREITEL, afirmando que “is to put the aggrieved party into the situation in which he would have been if the contract had never been made. This may be done by compensating him for expenses or other losses incurred in reliance on the contract. Here it is common to talk of protection of the reliance interest (known in German law as *Vertrauensinteresse* or negative interest”, *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, cit. p. 83. *Vid.*, también: G. ALPA / R. DELFINO, *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 448 y 449 y R. STONE, *The modern law of contract*, cit. pp. 575 y 576. En la doctrina española, *vid.*, por todos F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 23-25.

²⁶ O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 649 y 650.

²⁷ F. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, cit. p. 592. Sobre el interés positivo o de cumplimiento en la CISG, *vid.*, también: A.M. GARRO / A.L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, p. 206; J.O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 445 y 446; V. KNAPP, «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on*

20. Por último, también han desechado los PECL la protección del denominado interés de restitución o *restitution damages*. Dicho interés consiste, en palabras de TREITEL, en “the situation in which the aggrieved party seeks to recover from the defaulting party a benefit which the former has conferred on the latter by performing his obligations under the contract. A buyer’s claim for repayment of the price on account of non-delivery would be the most obvious illustration of a claim for restitution”²⁸.

21. Si hacemos referencia a nuestro Derecho cabe señalar que, siendo coherentes con el principio de reparación integral del daño, la protección a través de la indemnización del interés positivo encuentra su anclaje normativo en el artículo 1106 CC, al disponer que “la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”; por lo que la indemnización contenida en el Código civil persigue el mismo objetivo de los PECL²⁹.

22. En este punto resulta interesante plantearse qué papel juega, o, mejor dicho, qué extensión tiene la indemnización de daños y perjuicios cuando concurre con el remedio de la resolución del contrato, es decir, qué interés es el protegido cuando se ejercitan ambos remedios. Al respecto cabe recordar que el texto de la CISG se decanta sobre la plena compatibilidad de la resolución con la indemnización en la medida del interés positivo o interés en el cumplimiento del contrato³⁰. Así se consagra en su artículo 81 y también se desprende de su interpretación sistemática con los artículos 45, 49, 61.1 y 2, 74, 75 y 76³¹. Por lo que respecta a los PECL, en la nota de Derecho Comparado de su artículo 8:102,

the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, p. 543; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 215; M.P. PERALES VISCASILLAS, «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 65 y 66; H. STOLL, «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 553 y 554. En el mismo sentido, respecto a los PICC, *vid.*, por todos M.J. BONELL, *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 393.

²⁸ G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, cit. p. 83. En el mismo sentido P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 449-456. Sobre el interés de restitución en la doctrina italiana G. ALPA / R. DELFINO, “i *restitution damages*, infine, sono rappresentati dai benefici conferiti da una parte all’altra prima o nel corso dell’esecuzione del contratto, e in caso di *breach sufficientemente grave da dare origine ad una total failure of consideration* devono essere restituiti in natura, o per equivalente in denaro, alla parte che li ha conferiti. La loro funzione è quella di porre la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso, e si differenziano dai *reliance damages* in quanto sono basati non sulla perdita risentita dal danneggiato ma sull’arricchimento indebito ricevuto dall’altra parte”, *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187.

²⁹ Sobre la protección del interés positivo en nuestra doctrina, *vid.*, por todos: L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, cit. pp. 787 y 788; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 19-22; V.L. MONTÉS PENADÉS, La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, p. 231; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, cit., p. 615; y A. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, pp. 82-84. *Vid.*, también H.A. FISCHER, *Los Daños Cíviles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Rocés, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pp. 97-115.

³⁰ F. PANTALEÓN PRIETO, justifica dicha compatibilidad tanto en el Derecho Uniforme como en el Comparado (resulta especialmente interesante la síntesis que realiza de la compatibilidad de ambas pretensiones en Francia, Italia, Alemania y en el Derecho anglo-americano, así como en la ULIS y la CISG), afirmando que «es porque responde adecuadamente a una justa valoración de los intereses en conflicto», «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, p. 1151. *Vid.*, Mª.P. GARCÍA RUBIO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret Abril/2010*, (www.w.w.indret.com), pp. 230-239.

³¹ Sobre la protección del interés contractual positivo y la resolución del contrato en la CISG, *vid.*, entre otros, J.O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales*, cit. p. 441; V.L. MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 81», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 663 y 664; F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit. pp. 1150 y 1151; A. SOLER PRESAS, «Comentario a los artículos 75 a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 611; y D. TALLON, «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the*

relativo a la acumulación de los medios de tutela, se indica que “se halla de acuerdo con el art. 45 (2) CISG y con las legislaciones de los Estados miembros con la excepción, tal vez, de ALEMANIA. Los §§ 325 y 326 BGB permiten que la parte perjudicada escoja entre la indemnización de daños y perjuicios o la renuncia o resolución (*Rücktritt*) del contrato, por lo que se afirma a menudo que el perjudicado no puede, al mismo tiempo, rescindir o resolver el contrato y reclamar daños y perjuicios con motivo del incumplimiento. Al hablar de *Rücktritt* se está haciendo referencia a que el acreedor abandona el contrato, por lo que al resolver el contrato no puede reclamar daños y perjuicios derivados del mismo (interés positivo). El concepto de resolución se utiliza aquí en el doble sentido de negarse a cumplir en el futuro y de reclamar la restitución de prestaciones ya efectuadas (ver notas a los artículos 9:305-9:309). No es éste el sentido en que se utiliza en los principios, ver artículo 9:305, según el cual, la extinción no necesariamente afecta a los derechos adquiridos y a la responsabilidad”³². En consonancia con lo expuesto, el artículo 9:503 norma los efectos generales de la resolución: desvinculador y restitutorio. Dichos efectos no tienen como regla general carácter retroactivo, existiendo algunas excepciones previstas en los artículos 9:306 al 9:309. En el Comentario al artículo 9:305 se indica que “la resolución del contrato libera a ambas partes de llevar a cabo la prestación y de recibir la contraprestación. Sin embargo, equiparar un caso de resolución de contrato a los casos de nulidad o de cancelación referidos a contratos que nunca han existido, resultaría muy poco adecuado”³³. Al respecto, afirman Díez-PICAZO *et alli* que en los PECL “los efectos de la resolución se proyectan sobre el futuro, pero no necesariamente sobre el pasado... Es importante resaltar que los PECL no atribuyen en principio efecto retroactivo a la resolución. Consideran, incluso, que sería muy inadecuado tratar a un contrato resuelto como si nunca hubiera existido”³⁴. Del tenor literal del artículo 9:503 y su Comentario queda claro que los PECL se alejan, al igual que la CISG, de la adopción de un remedio resolutorio plenamente extintivo de la relación contractual y absolutamente retroactivo de los efectos del contrato, superando “el perjuicio de que un contrato resuelto, al perder su eficacia, no puede justificar una reclamación de daños contractuales. Los PECL rechazan la idea de que la resolución reduzca a ineficacia total el contrato y le atribuye la eficacia necesaria para justificar la indemnización”³⁵. A lo anterior debe añadirse lo previsto en los 9:502, 9:506 y 9:507 PECL. El artículo 9:502 concede la indemnización comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante. El artículo 9:506, para el supuesto de la realización de un negocio de cobertura, y el 9:507, para el precio vigente en el mercado, ponen claramente de manifiesto la compatibilidad que se viene analizando, puesto que al que sufre el incumplimiento se le permite que una vez resuelto el mismo pueda obtener una indemnización equivalente a la diferencia entre el contrato resuelto y el posterior de reemplazo, o, en caso de no realizar operación sustitutiva, la diferencia con el precio de mercado, y, en cualquier caso, la indemnización de cualquier otro daño sufrido. El art. 1202.2 PMCC también consagra la compatibilidad entre la resolución del contrato y el interés positivo: “Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes”³⁶.

IV. Formulación y delimitación de la regla en los textos del moderno derecho de los contratos

23. La consagración de la regla en los PICC y en los posteriores textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos ha logrado una doble finalidad. Por una parte, su difusión en aquellos

International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), ed. Giuffrè, Milan, 1987, p. 602.

³² O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 532 y 533.

³³ O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 618.

³⁴ L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 366.

³⁵ L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 370.

³⁶ *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 96-98.

países en los que, o bien no era conocida, o no estaba formalmente formulada, o bien era inadecuadamente aplicada. Y por otra, la contribución a su desarrollo y delimitación en su aplicación práctica, detectando e intentado solucionar los aspectos conflictivos de la regla.

24. A la regulación de las consecuencias en el monto indemnizatorio de las pérdidas causadas por el perjudicado se dedica en los PICC el artículo 7.4.7., intitulado “Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada”, que dispone que “Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes”³⁷.

25. El artículo 9:504 PECL, bajo la denominación de «Pérdidas imputables a la parte perjudicada», indica que: «Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento»³⁸.

26. De forma especular al artículo 9:504³⁹, el III-3:704 DCFR titulado «Daños imputables al acreedor» señala que: «el deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor en la medida en que el acreedor haya contribuido al incumplimiento o a sus efectos»⁴⁰. El comentario y los ejemplos coinciden literalmente con los del artículo 9:504 PECL. La contribución al daño del acreedor también ha sido contemplada en el artículo 162 CESL: «el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último haya contribuido al incumplimiento o a sus efectos»⁴¹.

27. En el fondo, los artículos anteriores no son más que una expresión del principio de que el perjudicado por el incumplimiento no podrá obtener una indemnización por aquellos daños causados por su propio comportamiento irrazonable⁴².

³⁷ Sobre el art. 7.4.7 PICC, *vid.*, entre otros: E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKANP (Editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 897-900; D. MORÁN BOVIO, «Capítulo 7. Incumplimiento», en David MORÁN BOVIO (coordinador), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 367 y 368; y A VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 243 y 244.

³⁸ Sobre el art. 9:504 PECL, *vid.*, entre otros: L. CHENGWEI, «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», *cit.* pp. 16-20; L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, *cit.* p. 382; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *cit.* p. 23; A. MARI, «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en Luisa ANTONIOLLI y Anna VENEZIANO (edited), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, pp. 453-455; y J. MARSAL GUILLAMET / M.E. LAUROBA LACASA, «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», *cit.* p. 469;

S. NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *cit.* p. 1242; y H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», en Harriët SCHELHAAS (General Editor), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 410-412.

³⁹ En el párr. 3º del art. 167 del Código Europeo de Contratos se indica que «si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, la reparación es disminuida en relación con las consecuencias que de ella han derivado».

⁴⁰ Sobre el art. III-3:704 DCFR, *vid.*, entre otros: M. LEHMANN, «Damages and Interest», en JAVIER PLAZA PENADÉS y LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO (Editors), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 255; y M.L. PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA: *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, *cit.* p. 226.

⁴¹ *Vid.*, A. VAQUER ALOY, «La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), p. 16; e I. ZURITA MARTÍN, «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (editores), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 680 y 681.

⁴² L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, *cit.* p. 382; O. LANDO / H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Combined and Revised, (Prepared by The Commission of

28. En un sentido amplio, bajo la expresión “*daños imputables al acreedor*” pueden englobarse los derivados de cualquiera de las siguientes cuatro situaciones:

- a). Cuando sean consecuencia del incumplimiento producido íntegramente por la propia conducta de la persona perjudicada⁴³. Al respecto señala el párrafo 3º del artículo 8:101 PECL que la parte que sufre el incumplimiento «no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte»⁴⁴. Constituye este párrafo una manifestación del principio de buena fe en el que se inspira todo el articulado de los PECL: en efecto, sería contrario al mencionado principio que el perjudicado dispusiera de algún remedio ante un incumplimiento que él mismo hubiera provocado. En este supuesto, se trata de una limitación absoluta, ya que la parte perjudicada no podrá acudir a ninguno de los remedios establecidos en los PECL. De forma semejante, en el párrafo 2º del artículo 1188 PMCC se indica que “nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”.
- b). Cuando los daños sean consecuencia del incumplimiento producido en parte por la propia conducta de la persona perjudicada⁴⁵. Es decir, que a la producción del incumplimiento hayan contribuido las conductas tanto del acreedor como del deudor, lo que puede denominarse concurrencia de conductas motivadoras del incumplimiento o incumplidoras⁴⁶, por lo que el deudor sólo responderá en la proporción que le sea imputable⁴⁷. Esta situación plantea una cuestión de causalidad que tendrá que ser solucionada acudiendo a los criterios imputación objetiva⁴⁸. Lo característico es ser concurrente y dependiente de la producción del daño. Resulta muy ilustrativo el ejemplo que se recoge en el Comentario del artículo 9:504 PECL: “B le encarga a S un sistema de ordenador con una configuración especial para que B, titular de una inmobiliaria, pueda enviar a sus posibles clientes detalles sobre las viviendas que se

European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 655; y H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», cit., p. 410.

⁴³ Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan O. LANDO / H. BEALE, que “los ordenamientos coinciden en que si el incumplimiento se debe únicamente a la oposición o impedimento indebido de la otra parte, ésta no dispondrá de remedio alguno. En la mayoría de los ordenamientos, si una parte ha impedido llevar a cabo la prestación, se constituirá en la parte incumplidora contra la que cabrá ejercer los remedios correspondientes. No obstante en los ordenamientos Belga, Neerlandés, Alemán, Griego y Nórdicos, el hecho de impedir el cumplimiento de la otra parte no se considera en general un *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* o *kontraktbrott*. Dependerá de que la aceptación de la prestación constituya o no una obligación esencial del acreedor”, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 530.

⁴⁴ Art. 7.1.2. PICC: “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

⁴⁵ Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan O. LANDO / H. BEALE, que «los ordenamientos coinciden en que si el incumplimiento se debe únicamente a la oposición o impedimento indebido de la otra parte, ésta no dispondrá de remedio alguno. En la mayoría de los ordenamientos, si una parte ha impedido llevar a cabo la prestación, se constituirá en la parte incumplidora contra la que cabrá ejercer los remedios correspondientes. No obstante en los ordenamientos Belga, Neerlandés, Alemán, Griego y Nórdicos, el hecho de impedir el cumplimiento de la otra parte no se considera en general un *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* o *kontraktbrott*. Dependerá de que la aceptación de la prestación constituya o no una obligación esencial del acreedor», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp.530.

⁴⁶ Sobre la concurrencia de culpas, véanse los laudos arbitrales de: 25.1.2007 del World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (Italia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1179>; 31.1.2003 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry (Suiza) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=862>; 2.9.1997 de la International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (Rusia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=670>.

⁴⁷ La versión española de los PECL emplea la siguiente frase “cuando las pérdidas se producen tanto por culpa del deudor -que incumple- como por parte del acreedor -que provoca en parte el incumplimiento a causa de su propio comportamiento-”. Consideramos desacertada esta versión al hacer referencia a la expresión *culpa*, puesto que en el texto original no aparece la expresión *fault*, además de que uno de los logros de los PECL, en la línea ya iniciada por otros textos uniformes de la contratación supranacional, es alejarse de la exigencia de la culpa como presupuesto del incumplimiento.

⁴⁸ E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 898.

encuentran en el mercado inmobiliario y que se adecúen a las necesidades de estos clientes. El sistema informático no funciona de manera adecuada, debido en parte a errores en la configuración y, en parte, a que las instrucciones que B dio a S fueron incompletas. Las pérdidas de B son irrecuperables en aquello que se deba a que sus instrucciones fueron incorrectas⁴⁹. En definitiva, como afirma SCHELHAAS, dicha regla no es más que una aplicación concreta del párrafo 3º del artículo 8:101 PECL⁵⁰.

- c) Cuando el incumplimiento del contrato no deriva de la conducta del acreedor, pero sí ha provocado un aumento del daño producido por el mismo. La agravación del daño comprende aquellos supuestos en los que el daño inicialmente producido por el deudor, que se denomina daño base, viene incrementado como consecuencia del comportamiento del que lo sufre. Nos situamos ante un problema de causalidad, ya que se produce un incremento del daño como consecuencia de la entrada en escena de un nuevo curso causal desencadenado por una posición activa del perjudicado⁵¹. En los PECL, como ejemplo se pone el siguiente: “A toma en alquiler un ordenador que, conforme al contrato, es adecuado y se encuentra listo para su uso en Inglaterra, donde el voltaje es de 240v. El ordenador que se le suministra puede operar en diferentes niveles de voltaje e, incumpliendo el contrato, se encuentra fijado a 110v. En la pantalla del ordenador se encuentra pegado un cartel muy evidente que advierte de la necesidad de comprobar el voltaje antes de usar el ordenador. A no hace caso de esta advertencia y enciende el ordenador sin comprobar el voltaje. El ordenador sufre importantes daños cuya reparación supone a A un importe de 1.500 £. El tribunal puede adoptar la postura de que, al menos, la mitad de la culpa es de A y concederle únicamente una indemnización de 750 £”⁵².
- d) Una última situación se produce cuando el daño producido podría haber sido evitado total o parcialmente de haberse adoptado por el acreedor una conducta razonable para mitigarlo. Es lo que se conoce como “deber de mitigar el daño o *“duty to mitigate”*”. La mitigación tiene como presupuesto básico que el daño sea completamente imputable al que lo provoca, es decir, que una vez que la relación de causalidad (*quaestio facti*) y la imputación objetiva (*quaestio iuris*) atribuyan los daños al que incumple, nazca la carga del perjudicado de mitigarlos. Como bien señala SOLER PRESAS “el deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante”⁵³. Precisamente, el reproche de la mitigación es ese, no intervenir en el curso causal, haciendo de cortafuegos del daño. Por tanto, lo característico es ser posterior o sucesivo y autónomo a la producción del daño⁵⁴. En definitiva, el problema que plantea es determinar si el perjudicado pudo mitigar un daño en el que no tuvo ninguna intervención en su causación, o “si debe responder el deudor por una pérdida que,

⁴⁹ O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 655.

⁵⁰ H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», cit., p. 410.

⁵¹ Como ha indicado G. CRISCUOLI, “atiene ad un aggravamento del danno di base in seguito e per effetto della posizione di una nuova ed autónoma causa di pregiudizio”, «Il dovere di mitigare il danno subíto», *Rivista di Diritto Civile*, Año XVIII, 1972, p. 559.

⁵² O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 656.

⁵³ A. SOLER PRESAS, «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995 p. 963. En el mismo sentido, entre otros: N. FENOY PICÓN, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo IV, 2011, p. 1663; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 499.

⁵⁴ En este sentido, G. CRISCUOLI, «Il dovere di mitigare il danno subíto», cit. p. 559, afirmó que “il controllo se la vittima avrebbe potuto ridurre le conseguenze del danno riguarda un comportamento necessariamente successivo ed indipendente da quello relativo alla su produzione”.

siéndole enteramente imputable, hubiera podido ser razonablemente evitada por el acreedor del resarcimiento”⁵⁵.

29. Por influencia de la doctrina angloamericana, la cuestión de las situaciones analizadas se encuentra resuelta en los últimos textos del derecho uniforme. En los PICC, al artículo 7.4.7 le sigue el relativo a la mitigación de los daños (artículo 7.4.8). En relación con dichos artículos, afirma MCKENDRICK que “the difference between the two articles is said to be that Art 7.4.7 is concerned with the case in which the conduct of the aggrieved is a cause of the initial harm, whereas Art 7.4.8 is concerned with the conduct of the aggrieved party subsequent thereto”⁵⁶. La distinción es aún más nítida en los PECL y en el DCFR. El artículo 9:504 PECL contempla el tratamiento de las pérdidas imputables a la parte perjudicada, englobando bajo el mismo epígrafe tanto a la *contributory negligence* como a la *further damage*, es decir, la parte que incumple un contrato no responderá de las pérdidas que sean consecuencia de la contribución del perjudicado al incumplimiento o a sus efectos. Y, a continuación, el artículo 9:505 PECL regula la mitigación de los daños. Lo mismo puede predicarse de los artículos III.-3:704 y 3:705 DCFR y 162 y 163 CESL. En nuestra doctrina, SOLER PRESAS ha afirmado que la regulación en distintos artículos “distinguen así, felizmente, los problemas de concurrencia positiva de «culpas»/causa en la producción del daño de los propios de la falta de mitigación”⁵⁷.

30. Hasta ahora se han empleado indistintamente las expresiones “*daños imputables al acreedor*” y “*contribución al daño*”, si bien consideramos que no se refieren exactamente a lo mismo, o mejor dicho, que la primera categoría engloba a la segunda, siendo ésta un subtipo de aquélla. Los daños imputables vienen identificados por el hecho de que será el acreedor el que responda por los mismos, pero dentro de dichos daños se pueden diferenciar diferentes situaciones en función de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste. Podría realizarse la siguiente calificación:

- a) El daño imputable al acreedor en sentido estricto. Vendría representado por aquel en cuya causación sólo ha intervenido la propia conducta del perjudicado, pudiendo ser dicha conducta la originadora del incumplimiento o de los efectos. En definitiva los daños son de autoría exclusiva del perjudicado.
- b) El daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor. Se identifica, a *sensu contrario* del daño imputable al acreedor en sentido estricto, por el dato de que la conducta del acreedor a la causación de los daños no es exclusiva, sino que ha coadyuvado al incumplimiento o a extender la cuantía de los daños. A estos tipos de daños es a los que responde la letra de los artículos 7.4.7 PICC, 9:505 PECL, III-3:704 DCFR y 162 CESL.
- c) El daño que pudo ser objeto de mitigación. Se refiere a aquellos cuyo curso causal fue iniciado por la conducta del deudor, pero debieron ser mitigados si el acreedor hubiera adoptado una serie de medidas que según las circunstancias resultaban razonables.

31. Quedaría por resolver la incardinación en la anterior clasificación de los siguientes tipos de daños:

- a). Los derivados de aquellos supuestos en que el deudor incumple un contrato pero dicha situación no provoca daños en el acreedor y es su posterior conducta la que los origina *ex novo*. Al adolecer dicho daño de la nota de la coautoría, parece que lo razonable sería incluirlo dentro del que hemos denominado daño imputable al acreedor en sentido estricto.
- b). Los supuestos en los que la conducta del acreedor agrava los efectos de un incumplimiento que no le es imputable pero no incrementado la extensión del que anteriormente se ha denominado daño base, sino que dichos efectos desfavorables se concretan en unos daños

⁵⁵ A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, cit. p. 64.

⁵⁶ E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 904.

⁵⁷ A. SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret núm. 2/2009* (www.indret.com), p. 9. Véase también S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Reus, Madrid, 2004, p. 322.

distintos que derivan de su propia conducta. Esta situación nos plantea mayores dudas que la anterior: por un lado, el daño concreto deriva en exclusiva de la conducta del acreedor, lo que nos llevaría a rechazar que nos encontráramos ante un supuesto de contribución. Pero, por otro lado, entendiendo el daño o los daños como un todo, no cabe duda de que el monto indemnizatorio tendría que ser reducido en el importe que corresponda al provocado por el propio acreedor, existiendo una contribución al daño.

32. De la anterior clasificación nos centraremos en el estudio de la contribución al daño por parte del acreedor, ya sea en su causación *ab initio*, o en su posterior extensión; y en los efectos que dicha conducta tendrá sobre el monto indemnizatorio.

V. Fundamento y función

33. Una vez expuesta la forma en que la regla estudiada ha sido formulada en los textos del nuevo Derecho de los contratos y la delimitación de las situaciones que consideramos que deben quedar englobadas bajo la expresión “*contribución al daño*”, estamos en condiciones de analizar su fundamento y función.

34. En aplicación del principio general de buena fe, que impregna el articulado de los textos que se vienen citando, sería contrario a toda lógica jurídica que el acreedor pueda obtener una indemnización en la medida en que el daño deriva de su conducta.

35. Debe añadirse que la indemnización de los daños y perjuicios cumple una función exclusivamente indemnizatoria, compensatoria o reparadora, que se concreta en el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales y no patrimoniales, ya sean presentes o futuros, directos o indirectos, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares. Su estructura es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor —no por el propio acreedor—. En ningún caso se puede atribuir a este remedio una función punitiva ni de enriquecimiento injusto, resultando indemnizados los daños causados por la propia conducta del acreedor.

36. A lo anterior debe añadirse como fundamento principal de la regla que se viene analizando, que los presupuestos o requisitos para que surja la obligación de indemnizar son el incumplimiento injustificado o inexcusable, la producción de un daño y la existencia de un vínculo causal entre ambos. Para que los daños y perjuicios sean indemnizados, deben ser consecuencia de la conducta del incumplidor, por lo que los provocados o agravados por el propio perjudicado adolecen de dicha conexión causal, y, por tanto, no pueden ser indemnizados.

37. Por lo que respecta a la función que cumple, al inicio de este trabajo afirmábamos que el principio rector del cálculo de la indemnización es la reparación integral del daño, así como que dicho criterio o principio no es absoluto. Su función es la delimitación del *quantum respondatur*, reducción del importe de la indemnización en proporción a la conducta desarrollada por la parte perjudicada.

VI. Tratamiento en el Derecho español

38. Por lo que respecta a nuestro Derecho, no existe una disposición expresa en el Código civil al respecto, siendo denominados los supuestos en los que la conducta del acreedor produce o agrava el daño bajo el manto de la “*concurrentia de culpas*”, que han sido atraídos al campo de la responsabilidad contractual desde la extracontractual⁵⁸. Al respecto, afirma Díez-PICAZO que “la doctrina y la jurisprudencia

⁵⁸ *Vid.*, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: L. REGLERO CAMPOS / L. FERNANDO y MEDINA ALCOZ, «Capítulo

cia han estudiado en términos generales el llamado problema de la concurrencia de culpas en el agente productor de un daño y en el perjudicado o sujeto pasivo del mismo, para tratar de decidir si la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor causante del daño o si, por el contrario, en lugar de producir una recíproca compensación de culpas, deben los tribunales según los casos moderar o disminuir la responsabilidad. Este problema, examinado sobre todo en la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, parece aplicable al caso de la responsabilidad contractual. Naturalmente, tratándose del deudor, deberá examinarse la medida en que el daño es imputable a él. Tratándose del acreedor deberá enjuiciarse el alcance que haya tenido la inobservancia de las cargas que sobre él pesaban⁵⁹.

39. La propia denominación de «*concurrencia de culpas*» ha sido criticada con razón por un importante sector de la doctrina, ya que puede llevar a confundir su verdadero fundamento⁶⁰. No nos encontramos ante un problema distribución del daño en atención a los estados anímicos de las partes contratantes o de un reproche a sus conductas culposas, sino de confluencia de sus conductas en el curso causal. Como afirma YZQUIERDO TOLSADA⁶¹, la cuestión es técnicamente de concurrencia de concausas y no de concurrencia de culpas.

40. La jurisprudencia, atendiendo al efecto que sobre el *quantum respondatur* tiene la concurrencia de causas, se ha apoyado en el artículo 1103 CC para moderar el daño y distribuirlo entre las partes contratantes⁶². Sin embargo, debe quedar claro que no se están compensando culpas, simplemente se hace responder a cada parte contratante de los daños que derivan de su conducta, y no se modera el importe de la indemnización, sino que se distribuye en proporción a su intromisión en el curso causal⁶³.

41. Llama la atención que siendo un límite al monto indemnizatorio bien asentado en nuestra jurisprudencia en la esfera contractual⁶⁴, no haya sido regulado por la Comisión de Codificación en su PMCC. Aunque tratándose, como se ha afirmado, de un problema de causalidad, nada impide que se llegue al mismo resultado simplemente probando que existe una ruptura del necesario nexo causal entre la conducta del deudor y la producción o extensión del daño, o que el mismo no le resulte íntegramente atribuible.

VII. La reducción de la indemnización en proporción a la contribución al daño

42. Una vez acreditado que el perjudicado ha contribuido con su conducta al daño, la aplicación de la regla que se analiza implica la reducción de la indemnización en proporción a su grado de responsabilidad, de ahí que se haya afirmado que tiene como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*⁶⁵.

V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en L. FERNANDO REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 920-958.

⁵⁹ L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, cit. p. 737. *Vid.*, también Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2021, p. 1385; y Á. CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit. pp. 276-283.

⁶⁰ Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1385; L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. p. 224; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. pp. 206 y 207.

⁶¹ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. p. 207.

⁶² *Vid.*, SSTS 25 enero 1989 (RJ 1989, 126), 27 julio 1992 (RJ 1992, 6461), 4 marzo 1993 (RJ 1993, 1670), 18 julio 1994 (RJ 1994, 6446), 11 junio 1997 (RJ 1997, 4764) y 7 noviembre 2000 (RJ 2000, 9911).

⁶³ L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. p. 224; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. pp. 208 y 209.

⁶⁴ *Vid.*, SSTS 19 junio 1963 (RJ 1963, 3384), 27 junio 1983 (RJ 1983, 3691), 8 abril 1984 (RJ 1984, 2400) y 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4338).

⁶⁵ E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 897.

43. Cuando se hayan producido los daños, el deudor que incumple deberá probar que el acreedor ha contribuido bien a dicho incumplimiento o a sus efectos, o incluso a ambos, para posteriormente distribuir entre ambas partes la entidad de los mismos⁶⁶.

44. El gran problema que plantea la reducción es precisar el grado de participación de las partes, lo que requiere como señala MCKENDRICK «a difficult factual assessment and much depends upon the facts and circumstances of the individual case»⁶⁷. En la práctica resultará complicado determinar la distribución de responsabilidades, quedando sometido a la consideración judicial. Con el fin de facilitar la labor de los tribunales, el *Official Comment* al artículo 7.4.7 PICC indica que «*el juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado*».

VIII. Conclusiones

45. La reparación integral del daño o *full damages rule* es el principio rector del cálculo de los daños y perjuicios. En el moderno derecho de los contratos se ha establecido la regla general de que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados. De lo anterior deriva de que la medida, o el interés protegido por la indemnización de daños y perjuicios, sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor.

46. El derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte.

47. Los daños imputables al acreedor, junto a la carga del acreedor de mitigar el daño, configuran la posición o estatuto jurídico del perjudicado en el remedio resarcitorio, puesto que se tiene en consideración, en su caso, como parámetro de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido su actitud en la causación y en la extensión de los daños.

48. Los artículos 7.4.7 PICC, 9:504 PECL, III-3:704 DCFR y 162 CESL son reflejo del principio de que el perjudicado por el incumplimiento no podrá obtener una indemnización por aquellos daños causados por su propio comportamiento irrazonable.

49. Las expresiones “*daños imputables al acreedor*” y “*contribución al daño*” no son coincidentes. Los daños imputables vienen identificados por el hecho de que será el acreedor el que responda de los mismos, pero dentro de ellos se pueden distinguir situaciones diferentes, en función de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste.

50. El daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor se caracteriza por el hecho de que su autoría no es exclusiva de ninguna de las partes, sino que deriva de la concurrencia de sus conductas.

51. El fundamento de que el acreedor no obtenga una indemnización con relación a los daños derivados de su conducta, además de en el principio de buena fe y en la naturaleza compensatoria del remedio, se encuentra en la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la conducta del per-

⁶⁶ E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 900.

⁶⁷ E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 899.

judicado. No se puede hacer responsable al deudor de un daño que no ha provocado, o, por lo menos, no en su integridad.

52. La regla analizada cumple una función delimitadora del *quantum respondatur*, haciendo responder al deudor exclusivamente de los daños que le resulten atribuibles.

53. En nuestro Derecho, la ausencia de un precepto que recoja de forma expresa la regla ha sido suplido por la doctrina y la jurisprudencia identificándolo con una cuestión de causalidad.

54. La reducción de la indemnización en la cuantía de la agravación o extensión del daño plantea el problema de determinar cuál ha sido el grado de participación de las partes.

La unión europea como actor internacional en materia de ciberseguridad

The european union as an international actor in cybersecurity

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

Senior Lecturer ('Profesor Titular')

Public International Law and International Relations

University of Murcia

Jean Monnet Chair

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7202

Abstract: This article analyzes the role of the European Union as an international actor in Cybersecurity. For these purposes, the article assesses, first, the evolution of the external dimension of the European Union Cybersecurity policy, with particularly reference to the 2013 Cybersecurity strategy. Second, the paper studies the emergence and development of the EU Cyber diplomacy. Third, the article examines the novelties related to the role of the EU as an international actor introduced by the 2020 Cybersecurity strategy and subsequent documents such as the 2022 Strategic Compass and Cyber posture. Finally, a number of conclusions are drawn in the last section.

Keywords: Cybersecurity, external dimension, EU as an international actor, evolution.

Resumen: Este artículo analiza el papel de la Unión Europea como actor internacional en materia de ciberseguridad. Para ello, el artículo evalúa, en primer lugar, la evolución de la dimensión exterior de la política de Ciberseguridad de la Unión Europea, con especial referencia a la estrategia de Ciberseguridad de 2013. En segundo lugar, el artículo estudia el surgimiento y desarrollo de la Ciberdiplomacia de la UE. En tercer lugar, el artículo examina las novedades relacionadas con el papel de la UE como actor internacional introducidas por la estrategia de Ciberseguridad de 2020 y documentos posteriores como la Brújula Estratégica y la postura cibernética de la Unión, aprobados en 2022. Finalmente, en la última sección se extraen una serie de conclusiones.

Palabras claves: Ciberseguridad, dimensión exterior, la UE como actor internacional, evolución.

Summary: I. Introduction. II. The external dimension of EU Cybersecurity and the 2013 Cybersecurity Strategy. III. The emergence and development of EU Cyber diplomacy. IV. The external dimension of EU Cybersecurity and the 2020 Cybersecurity Strategy. V. Conclusions.

I. Introduction

1. Cybersecurity law and policy are concerned with matters that, by their very nature, transcend the EU borders. Indeed, as it has been noted, the development of EU Cybersecurity policy area was triggered by global security threats,¹ and the Union recognized the need for an international EU Cyber security policy almost ten years ago, in the 2013 Cybersecurity Strategy.

¹ This study is the result of the work carried out by the author in the framework of the research project "The search for an international regulation of cybernetic activities: an unavoidable necessity? (CYBINREG)", Aid for R&D&I Projects within

2. Cybersecurity, as part of “security”, is one of the areas to which the Union is committed to contribute in its relations with the rest of the world, in accordance with Article 3(5) TEU,² and which the Union shall defend in international relations, as set out in Article 21(2) TEU.³ However, as recently held, “the Treaties do not provide for concrete legal bases to adopt measures to prevent or counter external cyber threats or attacks. This forced the Union to be creative and use existing legal bases (inter alia on restrictive measures or defence policy) and cooperation frameworks (such as PESCO).”⁴

3. In this context, this article is concerned with the analysis of the external dimension of the European Union Cybersecurity policy, including the emergence and development of the EU Cyber diplomacy. In this regard, as underlined by Odermatt, “it is in the external dimension of cybersecurity policy where the EU can potentially have a greater impact, by co-operating with states, international organisations and non-state bodies, and by influencing the development of norms at the international level”.⁵

4. The article will thus examine the impact that the EU has had as an international actor in the field of cybersecurity,⁶ notably by cooperating with international players and by influencing the development of international norms and standards. For these purposes, the article will examine relevant policy documents adopted in this area, including the 2013 and 2020 Cybersecurity strategies, the 2022 Strategic Compass and Cyber posture, as well as the legal framework related to the role of the EU as an international actor in cybersecurity, notably in relation to the adoption of restrictive measures in the event of a cyber-attack.

II. The external dimension of EU cybersecurity and the 2013 Cybersecurity strategy

5. Cybersecurity policy has evolved from a field of action initially linked to cybercrime under Article 83 TFEU, towards a policy closely related to the functioning of the internal market, as shown by the fact that the NIS Directive, the first cybersecurity legislative act in the strict sense, was adopted under Article 114 TFEU.⁷ This trend has been confirmed by other measures, including the adoption of Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council, the so-called “Cybersecurity Act”, or the proposal of the NIS 2 Directive under the same legal basis.⁸

6. The adoption of measures under the ordinary legislative procedure reveals that Union action in this area has come to be considered as necessary, in accordance with the principle of subsidiarity, so-

the framework of the State Programmes for the generation of knowledge and scientific and technological strengthening of the R&D&I system oriented towards the challenges of Society (RefPID 2020 112577 RB I 00) (Call 2020), whose Principal Investigator I is Professor María José Cervell Hortal and Principal Investigator II is Professor JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ.

R.A. WESSEL, “Towards EU cybersecurity law: Regulating a new policy field”, in N. TSAGOURIAS/ R. BUCHAN, (Eds.), *International Law and Cyberspace, Research Handbooks in International Law series*, Edward Elgar, 2016, pp. 403-425, at p. 404.

² Article 3(5) TEU provides that “In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter”.

³ According to Article 21(2) TEU “The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to: (a) safeguard its values, fundamental interests, security, independence and integrity [...]”.

⁴ Y. MIADZVETSKAYA/ R.A. WESSEL, “The Externalisation of the EU’s Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox”, *European Papers*, 2022, forthcoming, at page 25.

⁵ J. ODERMATT, “The European Union as a Cybersecurity Actor”, in S. BLOCKMANS & P. KOUTRAKOS (eds), *Research Handbook on EU Common Foreign and Security Policy*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 354-373, at p. 369.

⁶ See in this regard also A. BARRINHA AND H. VARRAÇO “The EU’s security actorness in cyber space: quo vadis?”, in L. CHAPPELL, J. MAWDSLEY, AND P. PETROV (eds.), *The EU, strategy and security policy: regional and strategic challenges*, Routledge, 2016, pp. 104-118.

⁷ Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union OJ L 194, 19.7.2016, p. 1-30.

⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148, COM/2020/823 final.

omething that may *prima facie* contrast with the fact that national security, which is closely related to cybersecurity, remains the sole responsibility of the Member States, as unambiguously stipulates Article 4(2) of the Treaty on European Union, and recently underlined the 2019 EU Cyber Security Act.⁹ Similarly, Article 72 TFEU reminds that measures in the area of freedom, security and justice, such as the measures to prevent and combat cybercrime, shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.

7. In this context, the origin of the external dimension of cybersecurity is often traced back to February 2013, when the European Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy jointly presented the “EU Cybersecurity Strategy: Open, Secure and Safe Cyberspace”¹⁰. The Strategy underlined that governments across the world had started to consider cybersecurity as an increasingly important international issue,¹¹ and included the establishment of “a coherent international cyberspace policy for the European Union and promote core EU values” as one of the EU’s five strategic priorities in this area.¹²

8. Notwithstanding, the 2008 Report on the Implementation of the European Security Strategy had already identified cyber security as one of the global challenges and key threats, noting that more work was required in this area, particularly to “enhance international co-operation.”¹³ In addition, the European Commission had underlined in 2009 the importance of “engaging the global community to develop a set of principles, reflecting European core values, for Internet resilience and stability, in the framework of our strategic dialogue and cooperation with third countries and international organisations”.¹⁴ The Commission also mentioned in the same communication a number of international initiatives such as NATO activities on common policy on cyber defence, the 2003 G8 principles for Protecting Critical Information Infrastructures, the UN General Assembly Resolution 58/199 Creation of a global culture of cybersecurity and the protection of critical information infrastructures, or the OECD Recommendation on the Protection of Critical Information Infrastructures.¹⁵

9. Similarly, also in the context of the protection of ICT in critical infrastructures, the European Commission stated in 2011 that “A purely European approach is not sufficient to address the challenges ahead. Although the objective of building a coherent and cooperative approach within the EU remains as important as ever, it needs to be embedded into a global coordination strategy reaching out to key partners, be they individual nations or relevant international organisations.”¹⁶

10. In any event, the 2013 EU Cybersecurity Strategy consolidated previous efforts and outlined the way forward. The Strategy also underlined that the principles, values and standards that the EU promotes offline must be applied online, and in particular that fundamental rights, democracy and the rule of law must be protected in cyberspace”.¹⁷

⁹ See in this regard R.A. WESSEL, ‘European Law and Cyberspace’, in N. TSAGOURIAS AND R. BUCHAN (Eds.), *International Law and Cyberspace*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 490-507, at pp. 491-492.

¹⁰ JOIN/2013/01 final, Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace.

¹¹ *Id.*, at 3.

¹² *Id.* at 5.

¹³ Report on the Implementation of the European Security Strategy - Providing Security in a Changing World -, Brussels, 11 December 2008 S407/08, p. 5.

¹⁴ “Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience” (COM/2009/0149 final), p. 7. See also in this regard A. KASPER AND V. VERNYGORA, “The EU’s cybersecurity: a strategic narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market?”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 65/2021, Bilbao, pp. 29-71, at p.50.

¹⁵ *Id.*, p. 3.

¹⁶ Critical Information Infrastructure Protection ‘Achievements and next steps: towards global cyber-security’, COM/2011/0163 final, p. 4.

¹⁷ JOIN(2013) 1 final, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “EU Cybersecurity Strategy: Open, Secure and Safe Cyberspace”, paragraph 1.1.

11. The Strategy also highlighted that cybersecurity is multidimensional in nature, affecting both the Union's economic policies, in particular the internal market [and the digital single market], as well as the more intergovernmental policies, such as the common security and defence policy and, more generally, the Union's external action. Indeed, the dual authorship of the Strategy, namely the Commission and the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, already underlined the need to combine the internal and external dimensions of EU policies to effectively address cybersecurity challenges. On the other hand, any EU cybersecurity policy must also take into account the actions of the Member States, and coexist with measures taken at national level, given the absence of any explicit EU competence in the field of security, let alone cybersecurity, in the Treaties, and the fact that the Treaties underline that national security will remain, as mentioned before, the sole responsibility of each Member State.

12. In addition, as the Strategy remarked, cybersecurity policy should also involve the private sector and public-private partnerships. In this context, it is worth recalling that Article 21(3) TEU states, *in fine*, that the Union “The Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies. The Council and the Commission, assisted by the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, shall ensure that consistency and shall cooperate to that effect.” This principle of coherence, as it has been noted, incorporates formal obligations that can be invoked before the Court of Justice, which could condemn its violation.¹⁸

13. Indeed, the Strategy provided a definition of cybersecurity in the following terms: “Cybersecurity commonly refers to the safeguards and actions that can be used to protect the cyber domain, both in the civilian and military fields, from those threats that are associated with or that may harm its interdependent networks and information infrastructure. Cyber-security strives to preserve the availability and integrity of the networks and infrastructure and the confidentiality of the information contained therein”¹⁹.

14. The Strategy also defined the concept of cybercrime in broad terms,²⁰ which seemingly go beyond the notion of “computer-related crime” under Article 83 TFEU²¹ to reflect, as it has been held, the conducts foreseen by the Budapest Cybercrime convention.²² In this context, the Strategy recognised that “it is predominantly the task of Member States to deal with security challenges in cyberspace” and therefore limited itself to proposing concrete measures that could “enhance the EU's overall performance”²³. Specifically, the Strategy identified five priorities in this area, namely:

- **Achieving cyber resilience**²⁴, for which the Commission proposed, among other measures, the adoption of a Directive to promote a high common level of network and information se-

¹⁸ C. HILLION, “A Powerless Court? The European Court of Justice and the EU Common Foreign and Security Policy”, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2388165>. “Arguably, these two principles [coherence and loyal cooperation] located outside the specific TEU chapter on CFSP, and particularly the procedural obligations derived therefrom are in principle enforceable before the Court of Justice, irrespective of the fact that EU institutions are operating within the CFSP context”.

¹⁹ JOIN(2013) 1 final, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “EU Cybersecurity Strategy: Open, Secure and Safe Cyberspace”, paragraph 1.1. Footnote 4.

²⁰ *Id.*, footnote 5: “Cybercrime commonly refers to a broad range of different criminal activities where computers and information systems are involved either as a primary tool or as a primary target. Cybercrime comprises traditional offences (e.g. fraud, forgery, and identity theft), content-related offences (e.g. on-line distribution of child pornography or incitement to racial hatred) and offences unique to computers and information systems (e.g. attacks against information systems, denial of service and malware).”

²¹ Article 83 TFEU empowers the European Parliament and the Council to establish, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in certain areas of crime which are, *inter alia*, of particular gravity and have a cross-border dimension resulting from their nature, in particular “terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime”.

²² See in this regard R.A. WESSEL, ‘European Law and Cyberspace’, in N. TSAGOURIAS AND R. BUCHAN (Eds.), *International Law and Cyberspace*, cit. at p. 493.

²³ JOIN(2013) 1 final, cit., paragraph 2.

²⁴ On the concept of resilience in the European Union and its link to security see G. CHRISTOU, *Cybersecurity in the European Union Resilience and Adaptability in Governance Policy*, Palgrave Macmillan, 2015, in particular pp. 11-34.

- curity across the Union, which would be finally adopted in 2016²⁵, and that will be replaced by the NIS 2 Directive, currently under discussion.²⁶
- **Drastically reducing cybercrime**, for which it called on Member States, among other measures, to ratify the abovementioned Council of Europe Convention on Cybercrime, done in Budapest on 23 November 2001, and to implement its measures as soon as possible. In this context, the fight against cybercrime, and in particular against cyber-attacks, is one of the EU priorities concerning serious and organised international crime and there is a clear trend towards focusing on the prevention of cyber-attacks in this area. To this extent, the EU priorities for the fight against serious and organised international crime between 2022 and 2025, as approved by the Council of the Union at its meeting of 12 May 2021, include the following priority: “to target the criminal offenders orchestrating cyber-attacks, particularly those offering specialised criminal services online”.²⁷
 - **Developing cyberdefence policy and capabilities related to the Common Security and Defence Policy (CSDP)**, including an EU Cyber Defence policy framework to protect networks within CSDP missions and operations, finally adopted by the Council in 2014²⁸. The Cyber Defence policy framework was substantially revised in 2018, in a context of increased ambition in the Union’s response to threats from cyberspace²⁹.
 - **Develop the industrial and technological resources for cybersecurity** by requesting in particular the then ENISA, and currently European Union Agency for Cybersecurity (ENISA), to develop technical guidelines and recommendations for the adoption of NIS standards and best practices in the public and private sectors.
 - **Establish a coherent international cyberspace policy for the European Union and promote core EU values.**

15. In relation to this priority for action, the most relevant for the purposes of this work, the EU Strategy recognised the global dimension of cybersecurity challenges and the need to integrate cyberspace issues into the EU’s external relations and common foreign and security policy. It also expressed a commitment to work with international actors in this field. In particular the Strategy mentioned the Council of Europe, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the United Nations, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), the North Atlantic Treaty Organization (NATO), the African Union, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) and the Organization of American States (OAS), as well as national actors, such as the United States, with which the EU has had a working group on Cybersecurity and Cybercrime since 2010³⁰.

16. In this respect, the Strategy referred to the reports of the UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, which conclude that international law, and the UN Charter in particular, are applicable to cyberspace³¹. Indeed, subsequent documents of the aforementioned Group of Experts have been even more

²⁵ Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union, OJ L 194, 19.7.2016, p. 1-30.

²⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148, COM/2020/823 final.

²⁷ Council conclusions setting the EU’s priorities for the fight against serious and organised crime for EMPACT 2022 - 2025, 8428/1/21 REV 1. The conclusions add the following in this context: “This priority should be implemented in one Operational Action Plan (1 OAP). Experiences gained from the implementation of the “cyber-attacks” OAP in the current EMPACT Cycle should be duly taken into consideration. “

²⁸ Council document No 15585/14 of 18.11.2014.

²⁹ EU Cyber Defence Policy Framework (2018 update), Brussels, 19 November 2018, 14413/18.

³⁰ JOIN(2013) 1 final, cit., p. 16. For the EU-US working group see, among others, the following link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/PRES_10_315.

³¹ In particular reference is made to the 2013 Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (A/68/98). Regarding the application of international law to cyberspace and the responses that international law offers to states that are victims of cyber-attacks, see H. MOYNIHAN, “The Application of International Law to State Cyberattacks Sovereignty and Non-intervention”, *Research*

detailed: “In their use of ICTs, States must observe, among other principles of international law, State sovereignty, sovereign equality, the settlement of disputes by peaceful means and non-intervention in the internal affairs of other States. Existing obligations under international law are applicable to State use of ICTs. States must comply with their obligations under international law to respect and protect human rights and fundamental freedoms”³².

17. In relation to the foregoing, the Strategy clearly stated that the Union did not see the need for new rules of international law in this area - a view that may have changed recently in relation to the proposal of the UN convention on cybercrime as will be discussed below- but rather to implement existing law and promote rules of conduct, a thesis that seems to have now taken hold³³. In the Strategy’s unequivocal terms: “The EU does not call for the creation of new international legal instruments for cyber issues”³⁴.

III. The emergence and development of EU cyberdiplomacy

18. The 2013 Cybersecurity Strategy did not include a specific mention to cyber diplomacy. However, both the Strategy³⁵ and the EU Action Plan for Human Rights and Democracy³⁶, addressed issues that are related to the current notion of cyber diplomacy, for example the need to defend EU values both online and offline, including fundamental rights, and in particular freedom of expression, in cyberspace³⁷.

19. In any event, the lack of specific references to cyber diplomacy was addressed by the Council on 11 February with the adoption of its *conclusions on cyber diplomacy*³⁸, as a response to the increase in the number of cyber-attacks and the deadlock in international negotiations on international law and state responsible behaviour in cyberspace.³⁹ These conclusions constitute an undoubted ‘reference’ since then, both for guiding the efforts of the EU and its Member States on cyber policy at the international level, and for proposing detailed objectives in response to foreign policy challenges in this area⁴⁰. The conclusions also constituted the first EU official document to use the term cyber diplomacy as such,⁴¹ and marked “the beginning of a more proactive role of the EU in international cyberspace policymaking”.⁴²

Paper, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, (2019); K. BANNELIER, AND T. CHRISTAKIS, T. “Cyber-Attacks Prevention-Reactions: The Role of States and Private Actors”, *Les Cahiers de la Revue Défense Nationale*, 2017, or O. GROSS “Legal Obligations of States Directly Affected by Cyber-Incidents”, *Cornell International Law Journal*, vol. 48 (2015) pp. 1-38.

³² Group of Governmental Experts on Advances in Information and Telecommunications in the Context of International Security, 22 July 2015 (A/70/174).

³³ See in this respect C. GUTIERREZ ESPADA, C., *La Responsabilidad Internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, in particular Chapter 1, section III, para 7, or C. GUTIERREZ ESPADA, “La legítima defensa y el ciberespacio”, Comares, 2020, para 22.

³⁴ JOIN(2013) 1 final, cit, p. 17.

³⁵ JOIN(2013) 1 final, cit. In particular, the strategy included, among the principles of European cybersecurity (paragraph 1.2), the protection of fundamental rights, freedom of expression, personal data and privacy, or democratic and effective multilateral governance.

³⁶ EU Action Plan for Human Rights and Democracy, under the EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy (Council Conclusions on Human Rights and Democracy, Brussels, 25 June 2012, 11855/12, Annex III).

³⁷ Id. In particular see action number 24 of the EU Action Plan.

³⁸ Council Conclusions on Cyber Diplomacy, CYBER 5 RELEX 114 JAIEX 6 TELECOM 32 COPS 42, Brussels, 11 February 2015.

³⁹ See to this extent Y. MIADZVETSKAYA, AND R.A. WESSEL, “The Externalisation of the EU’s Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox”, *European Papers*, 2022, forthcoming, at page 15.

⁴⁰ C. HEINL, «Aperçu des stratégies, politiques et concepts actuels de l’Union européenne en matière de cyber», *Observatoire Fic.com*, 7 May 2019. As the author states “These Council conclusions are now considered as a reference, both to guide the EU’s collective cyber policy efforts at the international level and to propose more detailed objectives in response to foreign policy challenges”, available at: <https://observatoire-fic.com/strategies-politiques-cyber-union-europeenne/>

⁴¹ A. BARRINHA, AND T. RENARD, “Cyber-diplomacy: the making of an international society in the digital age”, *Global Affairs*, 3:4-5, 2017, 353-364, at p. 359: “the European Union’s member states adopted Council Conclusions on Cyber Diplomacy in 2015 - the first time the term “cyber-diplomacy” was used as such in an official government document”.

⁴² T. RENARD, “EU cyber partnerships: Assessing the EU strategic partnerships with third countries in the cyber domain”, *European Politics and Society*, 2018, 19(3):1-17, at p. 5.

20. In the 2015 conclusions the Council described the main content of cyber diplomacy as follows “cyberspace issues, in particular cyber security, the promotion and protection of human rights in cyberspace, the application of existing international law, rule of law and norms of behaviour in cyberspace, Internet governance, the digital economy, cyber capacity building and development, and strategic cyber relations offer significant opportunities, but also pose continuously evolving challenges for EU external policies, including the Common Foreign and Security Policy”⁴³. In other words, cyber diplomacy deals with the regulation of cyberspace, the multilateral agenda linked to cyberspace challenges, and is clearly distinct from strategic communication or public diplomacy. In particular, EU cyber diplomacy focuses on issues such as international negotiations on cybersecurity, the fight against cybercrime, building trust and confidence in the Internet, Internet governance, or the promotion of fundamental rights and freedoms in cyberspace.⁴⁴

21. The conclusions also underlined that the EU and its Member States should address the cross-cutting and multi-faceted issues mentioned above through a coherent international policy for cyberspace, an objective that was already explicitly mentioned in the 2013 cybersecurity strategy as one of the five priority areas for EU action, as discussed above⁴⁵.

22. The conclusions structured the aims of cyber diplomacy around six strategic objectives, namely: (i) Promotion and Protection of Human Rights in Cyberspace; (ii) Norms of behaviour and application of existing international law in the field of international security; (iii) Internet Governance; (iv) Enhancing competitiveness and the prosperity of the EU; (v) Cyber capacity building and development; and (vi) Strategic engagement with key partners and international organisations.

23. In short, the conclusions underlined the need to set priorities for the Union and its Member States in cyber issues, recognising that the strategy to address cyberspace risks goes beyond a legal or political response, requiring also joint and decisive diplomatic action to prevent conflicts, counter cybersecurity threats, and provide stability and coherence to the EU’s international relations in this field. In this respect, as noted, the need for coherence is particularly evident in cyberspace policy, and especially in cybersecurity, where internal and external policies, civilian and military, public and private aspects converge, and where national, European and global spaces are blurred⁴⁶.

24. Subsequently, the 2016 Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy, endorsed the Union’s efforts on cyber diplomacy. As stated in the Global Strategy, “We will engage in cyber diplomacy and capacity building with our partners, and seek agreements on responsible state behaviour in cyberspace based on existing international law. We will support multilateral digital governance and a global cooperation framework on cybersecurity, respecting the free flow of information.”⁴⁷

⁴³ Council conclusions on e-diplomacy, cit., Annex, p. 2.

⁴⁴ See also for the concept and content of cyber diplomacy A. KASPER, A-M. OSULA AND A MOLNÁR, “EU cybersecurity and cyber diplomacy”, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política, N^o. Extra 34, 2021, pp. 1-15, at pp. 3-5.

⁴⁵ JOIN(2013) 1 final, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “EU Cybersecurity Strategy: Open, Secure and Safe Cyberspace”, p. 16.

⁴⁶ H. CARRAPICO / A. BARRINHA, “The EU as a Coherent (Cyber)Security Actor?”, *Journal of Common Market Studies*, Volume 55. Number 6, 2017, pp. 1254-1272, in particular at p. 1255 “the EU has made cybersecurity one of its main security priorities. Such prioritisation has been reflected not only at the level of new initiatives being proposed, but also in the idea that in order for the EU to be an effective cybersecurity actor it needs to be fully coherent. Cybersecurity questions a number of important dichotomies (internal/external, public/private, civilian/military) while, simultaneously, blurring the geographical distinctions between national, European and global levels”.

⁴⁷ European Union, Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe; A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy (Brussels: European Union, June 2016), https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf.

25. In this context, the conclusions on cyber diplomacy were updated in 2017, in view of the increasing severity of cybersecurity threats in the European Union⁴⁸. The Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities (“Cyber Diplomacy Toolbox”), presented in June 2017, developed the principles of the “Non-paper” presented by the Dutch Council Presidency in 2016 under the title “*Developing a joint EU diplomatic response against coercive cyber operations*”⁴⁹.

26. In this respect, the Toolkit revealed the motivation of the Union’s policy in this area by stating that communicating the possible consequences of a joint EU diplomatic response to malicious cyber activity would influence “the behaviour of potential aggressors in cyberspace, thus reinforcing the security of the EU and its Member States”⁵⁰. In this regard, the assumption that potential aggressors in cyberspace have been deterred by the adoption of cyber diplomacy measures is questionable in light of the recent experience of the EU, as will be discussed below.

27. The Union’s reinforced determination in preventing and responding to cyber-attacks is particularly manifest in the final part of the Council conclusions, concerning cyber diplomacy instruments, by recognising the possibility of adopting sanctions under the Common Foreign and Security Policy provisions in response to cyber-attacks. In the terms used by the Council “The EU affirms that measures within the Common Foreign and Security Policy, including, if necessary, restrictive measures, adopted under the relevant provisions of the Treaties, are suitable for a Framework for a joint EU diplomatic response to malicious cyber activities and should encourage cooperation, facilitate mitigation of immediate and long-term threats, and influence the behavior of potential aggressors in a long term”⁵¹. In this regard, as noted by Wessel, the broad wording of Article 24(1) TEU, namely that “the Union’s competence in matters of common foreign and security policy shall cover all areas of foreign policy and all questions relating to the Union’s security”, allow for cyber diplomacy measures “to be taken using CFSP as a legal basis.”⁵²

28. Finally, the measures to be adopted were not set out in detail, although it was mentioned that they could be sanctions (restrictive measures), and also less drastic, such as the adoption of joint expressions of condemnation or reprobation of a given action by a State or non-state actor. In this regard, it is submitted that this type of measure, of a more diplomatic than sanctioning nature, appears only effective, or at least especially so, in relation to the conduct of State actors. However, as will be discussed below, many EU cyber diplomacy measures, and particularly the restrictive measures that can be adopted in the event of cyber-attacks, are directed at non-state actors.

29. The Cyber Diplomacy toolkit concluded by stating that the Union would continue to work on the development of the framework for a joint EU diplomatic response to malicious cyber activities, in particular by developing guidelines for the implementation of the toolkit⁵³. These guidelines were adopted by the Political and Security Committee a few months later, namely in October 2017, in fulfilment of its functions to implement the policies agreed in this area under Article 38 TEU⁵⁴.

30. The guidelines distinguished between five types of cyber diplomacy measures, which could be used independently, sequentially or in parallel in order to influence specific actors:

⁴⁸ Council Conclusions on a Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities (“Cyber Diplomacy Toolbox”), 7 June 2017, CYBER 91 RELEX 482 POLMIL 58 CFSP/CFSP 476.

⁴⁹ Non-paper: Developing a joint EU diplomatic response against coercive cyber operations-final revised text, Brussels, 19 May 2016, 5797/6/16 REV 6.

⁵⁰ Council Conclusions on a framework for a joint EU diplomatic response to malicious cyber activity, cit.

⁵¹ Council Conclusions on a framework for a joint EU diplomatic response to malicious cyber activity, cit., p. 4

⁵² See in this regard R.A. WESSEL, ‘European Law and Cyberspace’, in N. TSAGOURIAS AND R. BUCHAN (Eds.), *International Law and Cyberspace*, cit, at p. 501.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Implementing guidelines for the Framework on a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities, Brussels, 9 October 2017, CYBER 142CFSP/PESC 855COPS 302RELEX 836.

- **Preventive measures**, in particular confidence-building measures supported by the EU, such as those developed in the framework of the OSCE, measures to raise awareness of EU policies, such as the EU's cyber dialogues with Brazil, China, India, Japan, the Republic of Korea and the United States, and measures adopted with the view of enhancing the capacity to prevent cyber-attacks in third states, particularly cyber capacity building, which can also be particularly appropriate to allow third states to be able to meet internationally agreed standards for the prevention of cyber-attacks.
- **Cooperative measures (between Member States)**, in particular cooperation is foreseen through EU-led political and thematic dialogues or demarches by EU delegations, such as facilitating the peaceful resolution of a conflict through the use of diplomatic channels of other Member States or the EU.⁵⁵
- **Stability measures**, in particular the promotion of strategic communication (statements by the High Representative and on behalf of the EU Council, EU Council conclusions, diplomatic demarches by EU delegations, signaling through EU-led political and thematic dialogues...) to influence potential attackers by indicating the importance for the Union and its Member States of the security and integrity of cyberspace, and the potential consequences of malicious cyber activity.
- **Restrictive measures**, which are discussed in more detail in the following section; it is worth mentioning here that the guidelines envisaged, if necessary, the adoption of measures under the joint application of Articles 29 TEU and 215 TFEU in response to malicious activities, which have already been adopted and implemented as will be discussed below; and
- **Possible EU support to Member States' lawful responses**. The guidelines also foresaw the possibility for the EU to support individual or collective measures by Member States, which could not be taken in the framework of the CFSP, provided that they were taken in accordance with the international legal order. The types of measures that could be adopted in this regard could include countermeasures adopted by the State victim of a cyber-attack that can be regarded as an international wrongful act, the invocation of the self-defence, individual or collective under Article 51 of the UN Charter, or the application of the mutual defence clause under Article 42(7) TEU.

31. In light of the foregoing, cyber diplomacy measures include not only actions involving international actors but also measures concerning Member states only, highlighting the close interconnection of the internal and external dimensions of cybersecurity. Among the cyber diplomacy measures concerning international actors, two main types can be underlined for the purposes of analyzing the cooperation of the EU with international actors and the possible development of normative standards: (i) preventive measures and (ii) restrictive measures.

Preventive cyber diplomacy measures

32. In 2018 the Council adopted the EU External Cyber Capacity Building Guidelines, which underlined that the EU's core values and principles for cybersecurity, defined in the 2013 Cybersecurity Strategy, "should serve as the underlying framework for any external cyber capacity building action, to ensure that it: incorporates the understanding that the existing international law and norms apply in cyberspace; is rights-based and gender-sensitive by design, with safeguards to protect fundamental rights and freedoms; promotes the democratic and efficient multi-stakeholder internet governance model; supports the principles of open access to the internet for all, and does not undermine the integrity of infrastructure, hardware, software and services; adopts a shared responsibility approach that entails involvement and partnership across

⁵⁵ See in this regard A. BENDIEK, "The EU as a Force for Peace in International Cyber Diplomacy", SWP Comment, NO. 19 April 2018, German Institute for International and Security Affairs, 2018, pp. 57-71 at p. 60 "Cyber diplomacy -as opposed to overall cyber defense- offers the potential for conflict de-escalation and thus for developing a force for peace."

public authorities, [and] the private sector and citizens and promotes international cooperation.”⁵⁶ More recently, the Commission stressed that the EU has “a core interest in actively contributing to discussions on the future governance of cyberspace. Therefore, in order to better promote its position and disseminate its core values, the EU should engage via various outreach and capacity building activities with wide range of stakeholders, both with internal and external, governmental and non-governmental.”⁵⁷

33. In this context, the EU has developed strategic partnerships with a cyber dimension with a number of international partners. In particular, the EU has established formal Cyber Dialogues for exchanging lessons learnt, improving coordination and agreeing on priority actions. These Cyber Dialogues are coordinated by the EU External Action Service and have been formally entered into with China, Japan, Republic of Korea, Brazil, India, Ukraine and the United States, the latter relationship being by far the closest and most developed in this field. In addition, the EU is also determined to work with regional organisations in this area, as evidenced by the cooperation envisaged with the African Union, West African countries, or ASEAN,⁵⁸ in addition to the close cooperation established with the Council of Europe in the area of cybercrime.

34. Renard has referred in this context to ‘cyber partnerships’, defined as ‘a form of cooperation between two international actors on cyber-related issues, based on shared interests and objectives, and underpinned by mutually agreed norms and mechanisms. As such, they are an advanced form of ‘cyber international relations’ beyond mere interactions, with the inclusion of a strategic and diplomatic dimension.’⁵⁹ As this author notes, EU’s cyber partnerships have developed as a result of two main developments: the EU’s ambition to become a global strategic actor and the incremental shaping of a European agenda on cyber issues.

35. In this regard, the EU has been successful in obtaining the support of international partners for joint cooperation in this field, which entails recognition of the EU as a relevant actor in this area.⁶⁰ For example, the Joint statement between the EU and South Korea, adopted in 2015, notes that “The Leaders emphasized the importance of ensuring the openness and security of cyberspace for it to continue being a driving force for the freedom, prosperity and economic growth of mankind. They agreed to increase bilateral cooperation on cyberspace as well as to strengthen the global partnership in response to threats arising from cyberspace.”⁶¹ More recently, a May 2022 Joint Statement between the EU and Canada noted that the parties pledge “to continue to advance the application of international law, norms of responsible state behavior, confidence building measures and capacity-building initiatives, including in the UN through the establishment of the UN Programme of Action to Advance Responsible State Behaviour in Cyberspace.”⁶²

36. The international role of the EU in this context has also been recognized in multilateral fora, notably in UN discussions related to cyber issues, where participants underlined “the moderating role of the EU in intergovernmental processes, that it should act as a force for good in the world and in the promotion of a rules-based and human rights-based cyberspace. The EU could also play a lead role in discussions related to the protection of privacy of data and undue intervention on democratic institutions.”⁶³

⁵⁶ EU External Cyber Capacity Building Guidelines, Brussels, 26 June 2018, 10496/18, at p. 7.

⁵⁷ European Commission, 2020, Annex 9 of the Commission Implementing Decision on the 2020 Annual Action programme for the Partnership Instrument, Action Document for EU Cyber Diplomacy Support Initiative, at p. 2.

⁵⁸ See in this regard, for example, the Joint statement of the 6th European Union - African Union Summit: A Joint Vision for 2030, 18 February 2022, the West African Response on Cybersecurity and Fight Against Cybercrime (OCWAR - C) project, or the ASEAN-EU Statement on Cybersecurity Cooperation of August 1st 2019.

⁵⁹ T. RENARD, “EU cyber partnerships: Assessing the EU strategic partnerships with third countries in the cyber domain”, cit., at p. 4.

⁶⁰ Id., p. 8.

⁶¹ Joint Press Statement, 8th Republic of Korea-EU Summit, Seoul, 15 September 2015.

⁶² Joint declaration following the third EU-Canada Joint Ministerial Committee meeting, 16 May 2022.

⁶³ Regional Consultations series of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cy-

37. In relation to the foregoing, a recent report stressed the increasing importance of cyber capacity building as a mechanism for the EU's engagement with its partners. The authors underlined in this regard that cyber capacity building occupies a central place in major international fora, including at the UN, and that "partner countries and regional organisations also seem to be increasingly interested in working with the EU, either through traditional capacity building partnerships or to address cyber-related issues broadly, as the requests for starting new official cyber dialogues and having peer-to-peer exchanges would indicate".⁶⁴

38. Indeed, preventive measures, and particularly cooperation in capacity building with international partners, are nowadays an important cyber diplomacy tool. A relevant example of this dimension of cyber capacity building as a way to promote EU values and normative ambitions is represented by the fact that the EU is offering some of its capacity building projects only to countries that have been invited to accede or have signed or ratified the Budapest Convention on Cybercrime. To this extent, as reportedly noted by some EU officials, "EU's cyber capacity building cannot be value-free, as the EU's core values and principles on fundamental rights, democracy and the rule of law also translate to cyberspace".⁶⁵

39. To conclude, there is more to preventive measures that meets the eye. As it has been held, they not only build trust among partners and foster cooperation, but also reinforce the role of the EU as a global actor in this field, and strengthen global governance.⁶⁶ In addition, through Cyber Dialogues and capacity building the EU also displays a transformative power in jurisdictions beyond the EU, for instance by incentivizing the adoption normative standards such as the Budapest Convention on Cybercrime.

Restrictive measures

40. In relation to restrictive measures, the growing threat posed by cyber-attacks prompted an increasingly determined reaction from the European Union, culminating in the adoption and implementation of a legal framework of restrictive measures in response to cyber-attacks. This framework is composed of Council Decision (CFSP) 2019/797 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States (hereinafter "the Decision")⁶⁷ and Council Regulation (EU) 2019/796 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States (hereinafter "the Regulation")⁶⁸. The Decision was extended for one year in May 2020, for another year in 2021,⁶⁹ and most recently for three years, until 18 May 2025,⁷⁰ showing the EU's commitment to the framework created in 2019.

berspace in the Context of International Security, United Nations, 12 March 2019, p. 11 *in fine*. See for the reference A. KASPER AND V. VERNYGORA, "The EU's cybersecurity: a strategic narrative of a cyber power or a confusing policy for a local common market?", cit, at p.58.

⁶⁴ R. COLLETT, AND N. BARMPALIOU, "International cyber capacity building: global trends and scenarios", EUISS, Luxembourg, 2021, p. 58.

⁶⁵ Id. 57.

⁶⁶ T. RENARD, "EU cyber partnerships: Assessing the EU strategic partnerships with third countries in the cyber domain", cit., at p. 15.

⁶⁷ Council Decision (CFSP) 2019/797 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, ST/7299/2019/INIT, OJ L 129I, 17.5.2019, p. 13/19.

⁶⁸ Council Regulation (EU) 2019/796 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks that threaten the Union or its Member States, ST/7302/2019/INIT, OJ L 129I, 17.5.2019, p. 1/12.

⁶⁹ Council Decision (CFSP) 2020/651 of 14 May 2020 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 153, 15.5.2020, p. 4-4; Council Decision (CFSP) 2021/796 of 17 May 2021 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 174I, 18.5.2021, p. 1-1.

⁷⁰ Council Decision (CFSP) 2022/754 of 16 May 2022 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 138, 17.5.2022, p. 16-16.

41. The adoption of a framework of restrictive measures in response to cyber-attacks, the second adopted by an international actor after the similar system approved in 2015 in the US⁷¹, shows the European Union's resolve to play a significant role in shaping the digital environment worldwide. At the same time, the EU aims to stand out as an international actor committed to multilateralism, in particular to the respect of existing international law applicable to cyberspace and to the norms of responsible behaviour adopted in different international fora, such as the OSCE, as the Union has repeatedly affirmed, for example in the Declaration by the High Representative on behalf of the EU on respect for the rules-based order in cyberspace of 12 April 2019⁷².

42. The Decision and the Regulation aim to prevent and counter cyber-attacks that have a significant impact and constitute an external threat to the Union or its Member States, and are therefore consistent with the defence of the values, fundamental interests, security, independence, and integrity of the Union provided for in Article 21(2)(a) TEU. Furthermore, and only to the extent that they are deemed necessary for the fulfilment of the objectives of the CFSP provided for in Article 21 TEU, the Decision and the Regulation allow for restrictive measures in response to cyber-attacks - in this case attempted cyber-attacks are not envisaged - with a significant effect against third states or international organisations.

43. The restrictive measures that the Council may impose are set out in Articles 4 and 5 of the 2019 Decision. These measures consist of restrictions on entry or transit and/or the freezing of funds and economic resources, the former applying only to natural persons and the latter to natural or legal persons, entities or bodies. In addition, it is prohibited to make funds available, directly or indirectly, to the sanctioned persons and entities or bodies.

44. In particular, Article 4 makes it possible to prevent the entry into or transit through the territory of the Member States of natural persons responsible for cyber-attacks or attempted cyber-attacks, natural persons assisting the above or otherwise involved "in cyber-attacks or attempted cyber-attacks, including by planning, preparing, participating in, directing, assisting or encouraging such attacks, or facilitating them whether by action or omission"⁷³, or natural persons associated with the above.

45. The natural persons against whom these restrictive measures are directed must be listed in the Annex to the Decision. Article 4 also provides for exceptions to the adoption of the measures provided for therein on the basis of international law, such as not obliging Member States to refuse entry into their territory to their own nationals, or not imposing restrictive measures on certain persons on the basis of a multilateral agreement conferring privileges and immunities.

46. Article 5 of Decision 2019/797 and Article 3 of Regulation 2019/796 provide for the freezing of all funds and economic resources belonging to, owned, held or controlled by "(a) natural or legal per-

⁷¹ The cyber sanctions programme implemented by the Office of Foreign Assets Control (OFAC) officially began on 1 April 2015, when President Obama issued Executive Order (E.O.) 13694 and declared a national emergency to address the unusual and extraordinary threat to the national security, foreign policy and economy of the United States posed by the increasing prevalence and severity of malicious cyber activities originating from or directed by persons located, in whole or in substantial part, outside the United States. However, as early as January 2015, the US government had adopted sanctions against North Korea for the cyberattack against the SONY company carried out on 22 November 2014. Information on this framework can be found at the following link: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/cyber.aspx>

⁷² As this declaration states "In order to keep cyberspace open, stable and secure, the international community needs to increase its efforts to tackle malicious cyber activities, and guide its own use of ICTs by the application of existing international law in cyberspace, as well as through the adherence to the norms, rules and principles of responsible state behaviour as articulated in the cumulative reports from the UN Group of Governmental Experts in the field of Information and Communications Technologies (ICTs) in the Context of International Security (UNGGE). In this regard, states should not knowingly allow their territory to be used for malicious activities using ICTs as it is stated in the 2015 report of the UNGGE." The statement is available at the following link: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/04/12/declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-eu-on-respect-for-the-rules-based-order-in-cyberspace/>

⁷³ *Id.*, Article 4.1(b).

sons, entities or bodies that are responsible for cyber-attacks or attempted cyber-attacks; (b) natural or legal persons, entities or bodies that provide financial, technical or material support for or are otherwise involved in cyber-attacks or attempted cyber-attacks, including by planning, preparing, participating in, directing, assisting or encouraging such attacks, or facilitating them whether by action or omission; (c) natural or legal persons, entities or bodies associated with the natural or legal persons, entities or bodies covered by points (a) and (b)". The second paragraph of Article 5 also establishes the obligation not to make funds or economic resources available, directly or indirectly, to or for the benefit of the natural or legal persons, entities or bodies referred to.

47. In any case, both natural and legal persons against whom restrictive measures are taken on the basis of the Decision and/or the Regulation must be listed in Annex I provided for this purpose in both pieces of secondary legislation⁷⁴.

48. In this regard, according to Article 6(1) of the Decision, the Council, acting by unanimity upon a proposal from a Member State or from the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, shall establish and amend the list set out in the Annex. For its part, the Regulation does not specify the procedure for adopting the decision to include natural or legal persons in its Annex I, although it does state in its preamble that the Council shall exercise the power to establish and amend the list, "in order to ensure consistency with the process of establishing, amending and reviewing the Annex to Decision (CFSP) 2019/797"⁷⁵, and article 3.3 thereof states that Annex I shall include, "as defined by the Council in accordance with Article 5(1) of Decision (CFSP) 2019/797" the natural or legal persons held liable.

49. Natural and legal persons listed in the annexes to the Decision and the Regulation may submit observations for the Council to reconsider their inclusion. The Council will have to do so if substantial observations or evidence is submitted, as it has already done with the above-mentioned decision of November 2020. This follows from the requirements of the rights of defence and effective judicial protection, as recognised by Articles 47 and 48 of the EU Charter of Fundamental Rights, and from the case law of the EU Courts.⁷⁶

50. By decision and regulation adopted on 30 July 2020,⁷⁷, the Council imposed restrictive measures against six individuals and three entities from Russia, North Korea and China - thus avoiding singling out a state only - for their involvement in the attempted cyber-attack against the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons and in the cyber-attacks publicly known as WannaCry, NotPetya and Operation Cloud Hopper.

51. In connection with the above, the Council imposed further restrictive measures on 22 October 2020 on two Russian nationals, including the current head of the Main Command of the Defence General Staff of the Armed Forces of the Russian Federation (GU/GRU), and a Russian official body, the 85th Main Centre for Special Services (GTsSS) of the Main Command of the Defence Staff of the Armed Forces of the Russian Federation (GU/GRU), for their involvement in the cyber-attack against

⁷⁴ In this regard, as stated in Article 7(2) of the Decision and Article 14(2) of the Regulation, the "The Annex shall contain, where available, the information necessary to identify the natural or legal persons, entities or bodies concerned. With regard to natural persons, such information may include: names and aliases; date and place of birth; nationality; passport and identity card numbers; gender; address, if known; and function or profession. With regard to legal persons, entities or bodies, such information may include names, place and date of registration, registration number and place of business".

⁷⁵ Council Regulation (EU) 2019/796 of 17 May 2019, OJ L 129I, 17.5.2019, p. 1/12, preamble paragraph 4.

⁷⁶ See, for example, the judgment of the General Court of 12 December 2006 in Case T-228/02, *Organisation des <Modjahedines du peuple d'Iran v Council>* (ECLI:EU:T:2006:384).

⁷⁷ Council Decision (CFSP) 2020/1127 of 30 July 2020 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 246, 30.7.2020, p. 12–17; Council Implementing Regulation (EU) 2020/1125 of 30 July 2020 implementing Regulation (EU) 2019/796 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 246, 30.7.2020, p. 4–9.

the German Federal Parliament carried out in April and May 2015.⁷⁸ Subsequently, in November 2020 two listings of natural persons were amended following the receipt of updated information.⁷⁹ In this regard, the lack of new listings since October 2020, together with other factors such as “a lack of coordinated intelligence collection efforts, a focus on voluntary intelligence sharing, and a political process that likely undermines the creation of a common EU threat perception in cyberspace” have led some authors to conclude that the regime has failed to achieve its strategic aims and even to question whether the EU cyber sanctions regime is dead,⁸⁰ although, as mentioned before, the recent renewal of the framework for three years could point to the opposite direction.⁸¹

52. Finally, beyond the question of its effectiveness, the application of the framework of restrictive measures might raise, in our view, fundamental rights concerns, particularly in relation to the principle of legal certainty. In this respect, according to the case law of the European courts, the principle of legal certainty, which is a general principle of Union law, requires that legal rules be clear, precise and foreseeable as to their effects, in particular where they may have adverse consequences for individuals and companies.⁸² However, the sanctions adopted in July and October 2020, under a restrictive measures regime adopted in May 2019, have been imposed in response to cyber-attacks, and an attempted cyber-attack, committed prior to the adoption of such a regime, namely in 2015, 2017 and 2018. The foreseeability requirement required by the case law, as well as by Article 49 of the EU Charter of Fundamental Rights, does not seem to be observed in those instances.

IV. The external dimension of EU cybersecurity and the 2020 Cybersecurity strategy

53. At the end of 2020, the European Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy published a new Cybersecurity Strategy “for the Digital Decade”.⁸³ The new strategy set out “how the EU will shield its people, businesses and institutions from cyber threats, and how it will advance international cooperation and lead in securing a global and open Internet.”⁸⁴ The Strategy identified three areas of EU action - (i) resilience, technological sovereignty and leadership, (ii) building operational capacity to prevent, deter and respond, and (iii) advancing a global and open cyberspace.

54. Section 2.3 of the Strategy, entitled EU cyber diplomacy toolbox, underlined the need to tackle malicious cyber activities through an effective and comprehensive joint EU diplomatic response. For these purposes, it proposed the establishment of a Member States’ EU cyber intelligence working group within the EU Intelligence and Situation Centre (INTCEN) to advance strategic intelligence cooperation on cyber threats and activities, a particularly important element for an effective prevention and response to cyber-attacks in our view. The Strategy also announced the future presentation by the High Representative of a proposal for the EU to further define its cyber deterrence posture, which would

⁷⁸ Council Decision (CFSP) 2020/1537 of 22 October 2020 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 351I, 22.10.2020, p. 5/7; Council Implementing Regulation (EU) 2020/1536 of 22 October 2020 implementing Regulation (EU) 2019/796 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 351I, 22.10.2020, p. 1/4.

⁷⁹ Council Decision (CFSP) 2020/1748 of 20 November 2020 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 393, 23.11.2020, p. 19-20.

⁸⁰ S. SOESANTO, “After a Year of Silence, Are EU Cyber Sanctions Dead?”, available at <https://www.lawfareblog.com/after-year-silence-are-eu-cyber-sanctions-dead>

⁸¹ Council Decision (CFSP) 2022/754 of 16 May 2022 amending Decision (CFSP) 2019/797 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, OJ L 138, 17.5.2022, p. 16-16.

⁸² See on individual sanctions, Judgment of the General Court of 16 July 2014, T-578/12, <National Iranian Oil Company v Council of the European Union>, EU:T:2014:678, paras 112-114.

⁸³ Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU’s Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, JOIN/2020/18 final, Brussels, 16.12.2020.

⁸⁴ Id., p. 4.

build on the work under the cyber diplomacy toolbox and contribute to responsible state behaviour and cooperation in cyberspace. The Council Conclusions on the development of the European Union's cyber posture were finally adopted in May 2022.⁸⁵

55. These initiatives were further underlined in the Strategic Compass, approved by the Council in March 2022.⁸⁶ The Strategic Compass introduced a new Hybrid Toolbox and EU Hybrid Rapid Response Teams, enhanced the Cyber Diplomatic Toolbox and proposed, *inter alia*, the development of an EU toolbox to address and counter foreign information manipulation and interference. In this regard, it has been suggested that, instead of further reinforcing the existing Toolbox and creating others, the EU should focus “on improving retention of institutional expertise and flexible thematic implementation modules”.⁸⁷

56. The Strategy also mentioned the possibility of exploring qualified majority voting (QMV) for listings under the horizontal sanctions regime against cyber-attacks, which was related to the announcement of an update of the 2017 implementing guidelines of the cyber diplomacy toolbox, and the will to strengthen the cooperation with international partners, including NATO in order to advance the shared understanding of the threat landscape, develop cooperation mechanisms and identify cooperative diplomatic responses.⁸⁸ In this regard, the recently adopted NATO 2022 Strategic Concept also underlines the importance of the NATO-EU collaboration by holding that “The European Union is a unique and essential partner for NATO. NATO Allies and EU members share the same values. NATO and the EU play complementary, coherent and mutually reinforcing roles in supporting international peace and security.”⁸⁹

57. In relation to the foregoing, the idea of moving the adoption of sanctions to QMV is not new. President Juncker underlined the need to use QMV in foreign policy decisions in 2017,⁹⁰ and a Commission's communication subsequently suggested that “the Council consistently uses qualified majority voting for amending the listings of all EU sanctions regimes – including autonomous measures – in accordance with the procedures under Article 31(2) TEU (third indent).”⁹¹ Similarly, President Von der Leyen encouraged Member States to move to QMV decisions concerning human rights and sanctions in her first State of the Union speech.⁹² In this context, while recognizing that QMV would lead to a more

⁸⁵ Council conclusions on the development of the European Union's cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22.

⁸⁶ A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, Brussels, 21 March 2022, 7371/22, at p. 22: “We must also be able to swiftly and forcefully respond to cyberattacks, such as state-sponsored malicious cyber activities targeting critical infrastructure and ransomware attacks. To this end, we will reinforce our ability to identify and analyse cyberattacks in a coordinated manner. We will strengthen the EU Cyber Diplomacy Toolbox and make full use of all its instruments, including preventive measures and sanctions on external actors for malicious cyber activities against the Union and its Member States. We will contribute to the EU's Joint Cyber Unit to enhance joint situational awareness and cooperation between EU Institutions and Member States.”

⁸⁷ See in this regard, S. BLOCKMANS, D. MACCHIARINI CROSSON AND Z. PAIKIN, “The EU's Strategic Compass: A guide to reverse strategic shrinkage?”, CEPS Policy Insights No 2022-14 / March 2022, at p. 5.

⁸⁸ Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, cit. See in this regard also the May 2022 Cyber Posture: “EMPHASISES the need to further strengthen cyber cooperation with NATO through exercises, information sharing and exchanges between experts, including on capability development, capacity building for partners, and missions and operations, as well as on the applicability of international law and UN norms of responsible State behaviour in cyberspace, and possible coordinated responses to malicious cyber activities. “Council conclusions on the development of the European Union's cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, id. p. 16.

⁸⁹ NATO 2022 Strategic Concept, at point 43, available at https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_197281.htm

⁹⁰ European Commission, State of the Union Address by President Juncker (Brussels 13 Sept. 2017): “I want our Union to become a stronger global actor. In order to have more weight in the world, we must be able to take foreign policy decisions quicker. This is why I want Member States to look at which foreign policy decisions could be moved from unanimity to qualified majority voting. The Treaty already provides for this, if all Member States agree to do it. We need qualified majority decisions in foreign policy if we are to work efficiently.”

⁹¹ Communication from the Commission to the European Council, the European Parliament and the Council *A stronger global actor: a more efficient decision-making for EU Common Foreign and Security Policy* COM/2018/647 final, p. 11.

⁹² European Commission, State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary (Brussels 16 Sept. 2020): “But what holds us back? Why are even simple statements on EU values delayed, watered down or held hostage for other motives? When Member States say Europe is too slow, I say to them be courageous and finally move to QMV – at least on human rights and sanctions implementation”.

efficient and speedy decision-making process, some authors have noted that it might also have some disadvantages, for instance related to the lack of commitment of the countries that vote against a certain sensitive decision that is ultimately approved, which could decide to ignore it, even if this makes them liable to infringement proceedings.⁹³

58. Additional response measures under the EU Cyber diplomacy Toolbox will also be explored in the revised implementing guidelines.⁹⁴ In this regard, the Cyber Posture requested the High Representative to identify possible EU joint responses to cyberattacks, including sanctions options.⁹⁵ The Cyber Posture also noted that the EU is committed to mobilise “all available tools, internal and external, to prevent, discourage, deter and respond to cyberattacks, implementing these in a swift, effective, gradual, targeted and sustained approach based on long-term strategic engagement”.⁹⁶ These tools could arguably also include the invocation of the mutual defence and solidarity clauses, as discussed further below.

59. In relation to the third area of EU action, namely advancing a global and open cyberspace, the Strategy underlined that the EU should promote, together with international partners, a political model and vision of cyberspace grounded on key EU values such as the rule of law, human rights or fundamental freedoms. It also stressed the EU’s intention to lead in defining and promoting international norms and standards.⁹⁷

60. In this context, the Strategy noted that the EU would continue working with international partners to advance and promote a global, open, stable and secure cyberspace under international law, and particularly the United Nations Charter, and supporting the voluntary non-binding norms, rules and principles of responsible state behavior, as reflected in the 2010, 2013 and 2015 reports of the Groups of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, endorsed by the General Assembly of the United Nations.⁹⁸

61. Interestingly, the Strategy observed that “With the deterioration of an effective multilateral debate on international security in cyberspace, there is a clear need for the EU and Member States to take a more proactive stance in the discussions in the UN and other relevant international fora”.⁹⁹ In this context, the Strategy underlined the EU’s support to the Programme of Action to Advance Responsible State Behaviour in Cyberspace (PoA) a proposal initiated by France and Egypt and supported by the EU Member States, among others, which proposes, *inter alia*, to create a framework and a political commitment based on recommendations, norms and principles already agreed under the auspices of the UN.¹⁰⁰ The support to the PoA features also in the May 2022 Cyber Posture.¹⁰¹

62. In this regard, it is submitted that to be an effective normative power in this context the EU will have to show more unity and cohesion among the EU Member States’ positions.¹⁰² To this extent,

⁹³ The authors refer to the Council Decision on the refugee relocation quotas, adopted by QMV, as an example. K. POMORSKA AND R.A. WESSEL, ‘Qualified Majority Voting in CFSP: A Solution to the Wrong Problem?’ (2021) 26(3) European Foreign Affairs Review 351-358, at pp. 354-355.

⁹⁴ A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, cit.

⁹⁵ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, id. p. 16.

⁹⁶ Id., p. 18.

⁹⁷ Id., p. 19.

⁹⁸ Id. 20

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid. The proposal can be consulted at <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/10/joint-contribution-poa-the-future-of-cyber-discussions-at-the-un-10302020.pdf>.

¹⁰¹ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 13.

¹⁰² See in this regard also A. KASPER, A-M. OSULA AND A. MOLNÁR, “EU cybersecurity and cyber diplomacy”, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política, cit. at p. 7: “the Union needs to achieve greater coherence among Member States and translate the discussions into clear messages to be reflected to external partners.”

as it has been held, “In the [UN] negotiations, European countries have given the impression that they are working independently from each other, although there is a willingness to adopt a common position nowadays [...] despite the adoption of the “Cyber Diplomacy Toolbox” by the European Union, some states have been more inclined to side with other coalitions and with non-European countries. This European inability to offer a unified voice has been reinforced by the fact that, during the adoption and negotiation of the previous [UN] resolutions, they have been portrayed as simply following the United States. That said, there is a genuine European willingness to act in a more united manner and to position itself as a major actor in international discussions.”¹⁰³

63. In this context, the Cyber Posture proposed the development of an “EU outreach approach on how to promote a global common understanding of the application of international law in cyberspace”.¹⁰⁴ In this regard, while the EU has supported in many occasions the application of international law, and of the United Nations Charter, to cyberspace, it is less clear how exactly the EU envisages such application, that is, the precise contours of international law in cyberspace. The more precise formulation was, to our knowledge, given by the 2017 Cyber Diplomacy Toolkit implementing guidelines. The Council recognized in those guidelines that malicious cyber activity is liable to constitute ‘an internationally wrongful act’, and that the victim Member States may in that case and under certain conditions, lawfully resort to non-forcible and proportionate countermeasures.¹⁰⁵

64. The Council added, in line with general international law, that countermeasures are individual, adopted by the victim Member States against another subject of international law. In the terms used by the implementing guidelines ‘These countermeasures constitute actions directed at another State that is responsible for the internationally wrongful act, which would otherwise violate an obligation owed to that State. Such non-forcible countermeasures are conducted to compel or convince the latter to cease the malicious cyber activity, in compliance with its international obligations.’¹⁰⁶

65. In addition, the implementing guidelines recognized that some cyberattacks may amount to ‘armed attacks’ under Article 51 of the UN Charter, and therefore give rise to individual or collective self-defence under the Charter. The Council added that, in such scenario, Member States of the EU could also resort to the mutual defence clauses enshrined in Article 42(7) TEU.¹⁰⁷ In this regard, the implementing guidelines do not clarify the “grave instances” under which a cyber-attack can be equated to the use of force and therefore give rise to self-defence under international law. Taking the influential Tallinn Manual 2.0 as reference, which the guidelines cite,¹⁰⁸ we can conclude that “Acts that injure or kill persons or physically damage or destroy objects are uses of force”.¹⁰⁹

¹⁰³ F. DELERUE, F. DOUZET AND A. GÉRY, “The geopolitical representations of international law in the international negotiations on the security and stability of cyberspace”, Report No. 75, IRSEM/EU Cyber Direct, November 2020, pp. 20-21.

¹⁰⁴ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 15.

¹⁰⁵ Implementing guidelines for the Framework on a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities, Brussels, 9 October 2017, *cit.*, p. 9.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Id.* page 10: ‘In grave instances, malicious cyber activities could amount to a use of force or an armed attack within the meaning of the Charter of the United Nations. In this latter case, Member States may choose to exercise their inherent right of individual or collective self-defence as recognized in Article 51 of the Charter of the United Nations and in accordance with international law, including international humanitarian law. A Member State may also choose to invoke article 42 (7) TEU to call on other Member States to provide aid and assistance.’

¹⁰⁸ *Id.*, page 3, footnote 5: ‘Tallinn Manual 2.0 provides an example of an academic analysis of how existing international law could apply to cyber operations, including a list of possible measures for States that have been subject to an internationally wrongful act in the cyber domain’

¹⁰⁹ M.N. SCHMITT, (general editor), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, *cit.*, Rule 69, comment 8, p. 333. See also Rule 71, comment 12, p. 342: “The case of cyber operations that do not result in injury, death, damage, or destruction, but that otherwise have extensive negative effects, remains unsettled”.

66. In relation to the damage to objects, it could be further explained that the physical or economic damage must be significant. To this extent, as the French Ministry of Defence has clarified, a cyber-attack affecting critical infrastructures with major consequences, or which could paralyse entire sections of a country's activity, trigger technological or ecological disasters and cause numerous victims, would be similar to the use of conventional weapons, and could therefore be considered as an armed attack.¹¹⁰ Fortunately, most cyber-attacks do not meet this threshold and, as it has been held, no cyber-attack has so far met the characteristics required to qualify as an armed attack.¹¹¹ These assertions find broad academic support.¹¹²

67. It is worth recalling in this regard that NATO accepted in 2014 that a grave cyber-attack may allow the invocation of Article 5 of the North Atlantic Treaty.¹¹³ More recently, the 2022 NATO Strategic Concept, adopted in Madrid in June 2022, clearly states that “A single or cumulative set of malicious cyber activities; or hostile operations to, from, or within space; could reach the level of armed attack and could lead the North Atlantic Council to invoke Article 5 of the North Atlantic Treaty. We recognise the applicability of international law and will promote responsible behaviour in cyberspace and space. We will also boost the resilience of the space and cyber capabilities upon which we depend for our collective defence and security.”¹¹⁴

68. More recently, the European Parliament has proposed to reinterpret this framework in light of the increased number and gravity of cyberattacks and hybrid threats. In particular, the European Parliament has advocated for a EU-led reinterpretation of international law which would include the adoption of collective countermeasures on a voluntary basis and the right for collective defence provided for in Article 42(7) TEU below the collective defence threshold mentioned above,¹¹⁵ in what could be regarded as a manifestation of the EU strategic autonomy in this context. In this context, it is worth noting that the NATO 2022 Strategic Concept also foresees the possibility of applying Article 5 of the North Atlantic Treaty in the event of a hybrid operation against Allies and mentions the possibility of cooperating with the EU in this regard.¹¹⁶ While the proposed suggestions hold the potential to make the

¹¹⁰ Ministère des Armées. République Française, « Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace », 9 septembre 2019, available at www.defense.gouv.fr, pp. 1-18, p. 9: ‘Une cyberattaque pourrait être qualifiée d’agression armée dès lors qu’elle provoquerait des pertes humaines substantielles, ou des dommages physiques ou économiques considérables. Cela serait le cas d’une opération dans le cyberspace provoquant une déficience des infrastructures critique avec des conséquences significatives, ou susceptibles de paralyser des pans entiers de l’activité du pays, de déclencher des catastrophes technologiques ou écologiques et de faire de nombreuses victimes. Dans une telle hypothèse, les effets de cette opération seraient similaires à ceux qui résulteraient de l’utilisation d’armes classiques’.

¹¹¹ F. DELERUE, *Cyber operations and international law*, Cambridge University Press, 2020, p. 461.

¹¹² See, *inter alia*, C. GUTIERREZ ESPADA, *De la legítima defensa y el ciberespacio*, *cit.*, para 24.

¹¹³ Wales Summit Declaration, Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Wales, 05 Sep. 2014: “Cyber attacks can reach a threshold that threatens national and Euro-Atlantic prosperity, security, and stability. Their impact could be as harmful to modern societies as a conventional attack. We affirm therefore that cyber defence is part of NATO’s core task of collective defence. A decision as to when a cyber-attack would lead to the invocation of Article 5 would be taken by the North Atlantic Council on a case-by-case basis”.

¹¹⁴ NATO 2022 Strategic Concept, at point 25, available at https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_197281.htm

¹¹⁵ In the terms employed by the European Parliament “the EU is increasingly involved in hybrid conflicts with geopolitical adversaries; underlines that these acts are of a particularly destabilising and dangerous nature as they blur the lines between war and peace, destabilise democracies and show doubt in the minds of target populations; recalls that these attacks are by themselves often not serious enough to trigger Article 5 of the NATO Treaty or Article 42(7) TEU, though they have a cumulative strategic effect and cannot be effectively tackled through retorsions by the injured Member State; believes that the EU should therefore strive to find a solution to fill this legal vacuum by reinterpreting Article 42(7) TEU and Article 222 TFEU in such a way that would reserve the right for collective defence below the collective defence threshold and allow for collective countermeasures by EU Member States on a voluntary basis, and should work internationally with allies towards a similar solution at international level; underlines that this is the only effective means to counter the paralysis in reacting to hybrid threats and is an instrument to increase the costs for our adversaries.” State of EU cyber defence capabilities European Parliament resolution of 7 October 2021 on the state of EU cyber defence capabilities (2020/2256(INI), P9_TA(2021)0412, point 32.

¹¹⁶ NATO 2022 Strategic Concept, *cit.*, at point 27: “We will invest in our ability to prepare for, deter, and defend against the coercive use of political, economic, energy, information and other hybrid tactics by states and nonstate actors. Hybrid operations against Allies could reach the level of armed attack and could lead the North Atlantic Council to invoke Article 5 of the

response of the EU and the Member States more effective, it could also be regarded as at odds with the EU's commitment under Article 3(5) TEU to contribute to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter.

69. In relation to the foregoing, unlike self-defence, which can be individual or collective, collective countermeasures are not currently accepted under international law. This was established by the International Court of Justice in the case of military and paramilitary activities in and against Nicaragua (1986),¹¹⁷ and subsequent practice does not confirm the existence of a general rule of international law which would permit it.¹¹⁸

70. However, some EU Member States have publicly defended the possibility of adopting collective countermeasures. For instance, in the terms employed by the President of the Republic of Estonia in 2019: “Estonia is furthering the position that states which are not directly injured may apply countermeasures to support the state directly affected by the malicious cyber operation. The countermeasures applied should follow the principle of proportionality and other principles established within the international customary law”.¹¹⁹

71. In this context, the Strategy also stressed the need to integrate the cyber diplomacy toolbox in EU crisis mechanisms and noted in this context that ‘the EU should reflect upon the interaction between the cyber diplomacy toolbox and the possible use of Article 42.7 TEU and Article 222 TFEU.’¹²⁰ To this extent, the Strategic Compass added that ‘We will continue to conduct regular exercises to further strengthen our mutual assistance in case of an armed aggression, in accordance with Article 42(7) of the Treaty on European Union. This will comprise regular cyber exercises starting from 2022.’¹²¹ Similarly, the May 2022 Cyber Posture underlined “the need to invest in our mutual assistance under Article 42(7) of the Treaty on European Union as well as solidarity under Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in particular through frequent exercises”.¹²²

72. As mentioned before, the possibility of invoking the mutual defence and solidarity clauses under Article 42(7) TEU and Article 222 TFEU in the event of a cyberattack is not a novelty. The EU Member States, through the Cyber defence policy framework, the European Commission, the European Parliament and the High Representative have accepted this possibility in the past.¹²³ The main innova-

North Atlantic Treaty. We will continue to support our partners to counter hybrid challenges and seek to maximise synergies with other relevant actors, such as the European Union.”

¹¹⁷ Judgment of 27 June 1986, <Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)> ICJ Reports/CIJ Reports 1986, p. 117, para. 249: “The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica. They could not justify counter-measures taken by a third State, the United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force”.

¹¹⁸ See in this regard C. GUTIERREZ ESPADA, *La Responsabilidad Internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, cit., in particular Chapter 3, paragraph 4, subparagraph 69.

¹¹⁹ Speech by the President of the Republic of Estonia at the opening of CyCon 2019. The national position of Estonia, first expressed in the Speech of the President at CyCon can be consulted at [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_Estonia_\(2019\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_Estonia_(2019))

¹²⁰ Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, cit. p. 17.

¹²¹ A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, cit. at p. 20.

¹²² Council conclusions on the development of the European Union's cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 11: It also added that “In this framework, STRESSES the need to work further on the provision and coordination of bilateral civilian and/or military support, including by exploring possible support provided by the EU upon an explicit request from Member States, and on identifying appropriate response measures, including through developing a coordinated communication strategy, in the context of the implementation of Article 42(7). NOTES that this should also include exploring the links with existing EU crisis management mechanisms and the EU Civil Protection Mechanism. “

¹²³ See, inter alia, for the solidarity clause: the 2013 EU Cybersecurity Strategy: an Open, Safe and Secure Cyberspace, JOIN/2013/01 final, p. 21; the Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU JOIN/2017/0450

tion is the proclaimed commitment to make these clauses fully operational in the cyber context through frequent exercises which combine cyber diplomacy, cyberdefence and crisis management mechanisms in order to better prepare the EU and its Member States to jointly mitigate the effects of a serious cyber-attack and to be able to respond to it effectively.

73. In relation to the foregoing, in addition to the possible adoption of voluntary collective countermeasures and the reinterpretation of Article 42(7) TEU and Article 222 TFEU, the EU could also contribute to the development of international law in this context by reinforcing the mandatory character of the due diligence principle, a principle already mentioned by the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case, and whose origins can be traced back to the 1872 Alabama case.¹²⁴

74. According to this principle, every State has the ‘obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States’.¹²⁵ This principle is applicable to cyberspace, as the Tallinn Manual 2.0 confirms: “A State must exercise due diligence in not allowing its territory, or territory or cyber infrastructure under its governmental control, to be used for cyber operations that affect the rights of, and produce serious adverse consequences for, other States”.¹²⁶

75. As to its content, this principle imposes on States an obligation of conduct and not of result, as the International Court of Justice ruled in the *Genocide Convention* case.¹²⁷ In this regard, for instance, the actions adopted by the EU Member States under the Network and Information Security Directive and General Data Protection Regulation could serve as an example of possible measures that can be adopted to prevent and mitigate the effects of cyber-attacks.¹²⁸ In this regard, as it has been held, “the internal focus and reduction of vulnerabilities internally and building resilience at the level of Member States needs to be an integral part of the EU’s cyber diplomacy.”¹²⁹

final, or the European Parliament resolution of 22 November 2012 on the EU’s mutual defence and solidarity clauses: political and operational dimensions (2012/2223(INI)), whereas H. See also J. REHRL, *Handbook on Cybersecurity The Common Security and Defence Policy of the European Union*, Publication of the Federal Ministry of Defence of the Republic of Austria, 2018, p. 239: “The need to respond to a particularly serious cyber incident or attack could constitute sufficient ground for a Member State to invoke the EU Solidarity Clause”. Regarding the mutual defense clause see, inter alia, the EU Cyber Defence Policy Framework adopted by the Council (14413/18, Brussels, 2018), p. 9, or the Implementing guidelines for the Framework on a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities, Brussels, 9 October 2017, cit., p. 10.

¹²⁴ Alabama claims of the United States of America against Great Britain (1872) 24 RIAA 125, 129-131, in particular in p. 129: “And whereas the “due diligence” referred to in the first and third of the said rules ought to be exercised by neutral governments in exact proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed, from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their part”.

¹²⁵ *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (Judgment on the merits) [1949] ICJ Reports 4, 22.

¹²⁶ M.N. SCHMITT (general editor), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, cit., Rule 6, p. 30.

¹²⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (BOSNIA AND HERZEGOVINA v. SERBIA AND MONTENEGRO), Judgment of 26 February 2007, p. 221, para. 430.: “Secondly, it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide. In this area the notion of “due diligence”, which calls for an assessment *in concreto*, is of critical importance”.

¹²⁸ See in this regard also F. DELERUE, J. KULESZA AND P. PAWLAK, “The application of international law in cyberspace: is there a European way?”, EU Cyber Direct, available at <https://eucyberdirect.eu/research/the-application-of-international-law-in-cyberspace-is-there-a-european-way/>: “due diligence has become a substantial element of recent EU lawmaking, in particular through the Network and Information Security (NIS) Directive and General Data Protection Regulation (GDPR). Both documents introduce the flexible blueprint of good community practice as the standard for securing crucial data and infrastructures.”

¹²⁹ A. KASPER/ A-M. OSULA/ A. MOLNÁR, “EU cybersecurity and cyber diplomacy”, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política, cit., at p. 11.

76. However, even though the due diligence principle is a “well-established rule of international law”,¹³⁰ it is disputed by several major cyber powers, including Russia, China, the United States and the United Kingdom, which “appear hesitant to accept or even reject the legally binding nature of the due diligence obligation. “However, numerous others, including France, Germany, Finland, the Netherlands and Spain, recognise due diligence as an international law rule.”¹³¹

77. These discrepancies among states could explain the (diluted) version of the principle included in the 2015 report of the UN Group of Governmental Experts on Advances in Information and Telecommunications in the Context of International Security, which provides, seemingly more as a recommendation than as an obligation, that States “should not” knowingly allow their territory to be used by non-state actors for such purposes,¹³² a wording also included in UN Resolution 73/266 of 22 December 2018 (adopted with 138 States voting in favour). This formula was reproduced by the Council conclusions adopted on 16 April 2018 on malicious cyber activities,¹³³ and a reference to these conclusions and to the 2015 UN Group Report can also be found in the 2019 Decision concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States.¹³⁴

78. In relation to the foregoing, the United Kingdom has recently referred to the formula employed by the 2015 UN report to reject the mandatory character of the due diligence principle by stating that “the fact that States have referred to this as a non-binding norm indicates that there is not yet State practice sufficient to establish a specific customary international law rule of ‘due diligence’ applicable to activities in cyberspace.”¹³⁵ In this regard, as mentioned before, the mandatory nature of the due diligence principle has already been recognized by the International Court of Justice and it does not seem necessary in our view to devise a specific version of the principle narrowly limited to activities in cyberspace.

79. More recently, in the context of the coronavirus pandemic, the High Representative Borrell has referred to the principle of due diligence expressively,¹³⁶ and this statement has been quoted also by EU representatives before the UN. In particular, it has been held on behalf of the EU that “the EU and its Member States have called upon all UN Member States to exercise due diligence and take appropriate actions against actors conducting malicious activities from their territories, consistent with international law and the universally agreed norms of responsible State behavior.”¹³⁷

80. In this context, it is submitted that the EU could play a positive role for the observance and development of international law, in keeping with Articles 3(5) and 21 TEU, by contributing to conso-

¹³⁰ M.J. CERVELL HORTAL, *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo: (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 128.

¹³¹ J. REHRL, *Handbook on Cybersecurity The Common Security and Defence Policy of the European Union*, cit., p. 31.

¹³² See 2015 Group of Experts report (UN A/70/174), paragraph 13(c): “States should not knowingly allow their territory to be used for internationally wrongful acts using ICTs.”

¹³³ Council conclusions on malicious cyber activities, Brussels, 16 April 2018 7925/18, p. 3.

¹³⁴ Council Decision (CFSP) 2019/797 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, cit., paragraph 4 of preamble.

¹³⁵ A/76/136, Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution, 13 July 2021, contribution of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, page 117, point 12.

¹³⁶ Council of the European Union, ‘Declaration by the High Representative Josep Borrell, on behalf of the European Union, on malicious cyber activities exploiting the coronavirus pandemic’, 20 April 2020, available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/30/declaration-by-the-high-representative-josep-borrell-on-behalf-of-the-european-union-on-malicious-cyber-activities-exploiting-the-coronavirus-pandemic/>

¹³⁷ See the Statement on behalf of the European Union by Mr. Pawel Herczynski, Managing Director for CSDP and Crisis Response, EEAS, available at https://vm.ee/sites/default/files/Estonia_for_UN/20_05_22_arria_cyber_eu_statement_as_delivered_unread_paras.pdf See for this reference T., DIAS & A. COCO, “Cyber due diligence in international law”, p. 7, available at <https://www.elac.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2022/03/finalreport-bsg-elac-cyberduediligenceininternationalawpdf.pdf>

litate the principle of due diligence in this context as a mandatory rule of international law, in line with the Tallinn Manual,¹³⁸ and by clarifying its concrete practical application in light of existing international law, including international humanitarian law. In this regard, as it has recently been held “in debates about ‘cyber due diligence’, the controversial existence of a general principle or a cyber-specific rule of due diligence should not be presented as an alternative to a legal vacuum. This is because international law already provides more than meets the eye: a patchwork of due diligence duties that, together, require states to do their best to prevent, halt and respond to a wide range of online harms.”¹³⁹

81. In addition, the EU cyber-sanctions regime might be appropriate to signal cyber conduct that the EU (and other international actors that support the sanctions) considers unacceptable under international law. This could contribute to the development of international law, for instance by providing content to the discussions of the proposed UN convention on cybercrime, and to reinforcing the above-mentioned due diligence principle, in particular by pointing to some States that their territory is being used for malicious cyber conduct that they should aim to halt and prevent. To this extent, as it has been held, the strength and main potential of the regime lies in its contribution to the development of international norms about the cyberspace, distinguishing, for example, an unlawful cyberattack like the one on the Bundestag, due to its scope and significance, from traditional intelligence gathering by States.¹⁴⁰

82. However, the compatibility of the current EU cyber-sanctions regime with international law has also been questioned for a number of reasons, and particularly in light of the lack of internationally agreed obligations regulating behavior in cyberspace and the lack of attribution of cyberattacks to a State under the rules of state responsibility.¹⁴¹ In this regard, the lack of attribution to specific international actors on which the framework is based may also significantly limit its purported deterrence effect.

83. In relation to the foregoing, as it has been held: “the EU relies on its cyber-sanctions regime to forge deterrence but it lacks the courage to attribute any cyber-operation to a potential state perpetrator, out of fear of political, reputational and economic costs and of escalating retaliation. Since “sanctions in the cyber-domain are more likely to deter states, but are less likely to deter individuals from acting in the name of states”, how can this deterrence be effective if the EU does not take responsibility?”¹⁴² In a similar vein, some authors have noted that travel bans and asset freezes do not directly impede an actor’s ability to carry out a cyberattack.¹⁴³

84. Indeed, the 2019 Council Decision concerning restrictive measures against cyberattacks recognizes, as did the Cyber diplomacy Toolkit and the implementation guidelines, that “Targeted restrictive measures should be differentiated from the attribution of responsibility for cyber-attacks to a third State. The application of targeted restrictive measures does not amount to such attribution, which is a sovereign political decision taken on a case-by-case basis. Every Member State is free to make its own determination with respect to the attribution of cyber-attacks to a third State.”¹⁴⁴ More recently, the

¹³⁸ M.N. SCHMITT (general editor), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, cit., Rule 6, p. 30: “A State must exercise due diligence in not allowing its territory, or territory or cyber infrastructure under its governmental control, to be used for cyber operations that affect the rights of, and produce serious adverse consequences for, other States”.

¹³⁹ T. DIAS / A. COCO, “Cyber due diligence in international law”, cit., pp. 163-164.

¹⁴⁰ S. PANTIN URDANETA, “EU Cyber sanctions and Cyber norms”, in *directionsblog.eu*, available at <https://directionsblog.eu/eu-cyber-sanctions-and-cyber-norms/>

¹⁴¹ I. BOGDANOVA/ M. VÁSQUEZ CALLO-MÜLLER, “Unilateral Cyber Sanctions: Between Questioned Legality and Normative Value”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 54, No. 4, 2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3976261>, at page 943.

¹⁴² C. PÂRIS, “Guardian of the Galaxy? Assessing the European Union’s International Actorness in Cyberspace” *College of Europe EU Diplomacy Paper 1/2021*, pp. 1-38, at p. 29.

¹⁴³ S. PANTIN URDANETA, “EU Cyber sanctions and Cyber norms”, cit., available at <https://directionsblog.eu/eu-cyber-sanctions-and-cyber-norms/>

¹⁴⁴ Council Decision (CFSP) 2019/797 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States, *cit.*, paragraph 9 of preamble.

Strategic Compass also reminds, in the context of the attribution of hybrid attacks, that the “attribution is a sovereign national prerogative”.¹⁴⁵

85. In this regard, while the decision to impute responsibility for conduct is, in principle, a matter for States, including EU member states, this decision is not entirely free or “sovereign”. This follows from the fact that many of the provisions, and in particular articles 4 to 11, of the Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission (ILC) in the summer of 2001, and taken note of by the UN General Assembly in its resolution 56/83 of 12 December 2001, are widely accepted as customary international law.¹⁴⁶ In this regard, the G7, at its 2017 Lucca meeting, underlined the customary nature of the rules on international liability, in particular those relating to imputation of liability¹⁴⁷.

86. In practice, it may be difficult in some instances to consider that there is no imputation, albeit indirectly,¹⁴⁸ on the part of EU Member States, as well as on the part of the Union itself, when adopting restrictive measures. In this regard, the restrictive measures adopted by the Union on 30 July 2020 targeted, *inter alia*, members of the Russian military intelligence service (GU/GRU), and official entities of that country, namely the Main Centre for Special Technologies (GTsST) of the Main Command of the Defence Staff of the Armed Forces of the Russian Federation (GU/GRU) and the legal framework itself foresees, as mentioned before, the possibility of imposing sanctions on persons that benefit from privileges and immunities under a multilateral agreement. In this context, it may not be surprising that the Russian Foreign Ministry responded to the adoption of these measures with a harsh communiqué in which it referred to them as “absolutely illegal in the context of international law”,¹⁴⁹ and announced possible measures in response to their adoption, which entails an undesirable risk of escalation, heightened by the support that the measures adopted by the EU received from “like-minded” states such as the US, Canada and Norway, as well as from candidate and potential candidate countries.¹⁵⁰

87. The Strategy also expressed the EU’s support to third countries that wish to accede to the Council of Europe Budapest Convention on Cybercrime, and cautioned against the risks of division and slow down associated with the initiative for a new legal instrument on cybercrime at UN level,¹⁵¹ boldly adding

¹⁴⁵ A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, Brussels, 21 March 2022, 7371/22, at p. 22.

¹⁴⁶ See in this regard C. GUTIÉRREZ ESPADA/ M.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada (Curso general de derecho internacional público)*, Editorial Trotta, 4.ª edición, 2017, p. 450 and by the same authors, *Introducción al Sistema Jurídico Internacional y de la Unión Europea*, Diego Marín Editores, Murcia, 2019, p. 81. See also T. BRUNER, “States in Cyber-Space: Perspectives of Responsibility Beyond Attribution”, European Consortium for Political Research (2014) available at: <https://ecpr.eu/Events/PaperDetails.aspx?PaperID=17116&EventID=13>.

¹⁴⁷ G7 Declaration on responsible states behavior in cyberspace Lucca, 11 April 2017, p. 2: “We note that the customary international law of State responsibility supplies the standards for attributing acts to States, which can be applicable to activities in cyberspace. In this respect, States cannot escape legal responsibility for internationally wrongful cyber acts by perpetrating them through proxies. When attributing an internationally wrongful act to another State, or when taking action in response, a State must act in accordance with international law. In this context, a State assesses the facts and is free to make its own determination in accordance with international law with respect to attribution of a cyber-act to another State”.

¹⁴⁸ See in this regard Y. MIADZVETSKAYA AND R.A. WESSEL, “The Externalisation of the EU’s Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox”, *European Papers*, 2022, forthcoming, at page 23: “We would argue that individual listings under the cyber-sanctions framework could be compared to the indirect attribution of responsibility to States since all actors sanctioned have a clear connection with a specific State.”

¹⁴⁹ The Russian communiqué can be consulted at https://russiaeu.mid.ru/en/press-centre/news/comment_by_the_information_and_press_department_of_the_russian_mfa_on_the_introduction_of_eu_restrictive_measures/

¹⁵⁰ owing link: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/07/30/declaration-by-the-high-representative-josep-borrell-on-behalf-of-the-eu-european-union-response-to-promote-international-security-and-stability-in-cyberspace/> The Canadian and US endorsements can be found at the following links: <https://www.state.gov/the-united-states-applauds-the-eus-action-on-cyber-sanctions/> y <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2020/07/canada-welcomes-european-unions-announcement-of-new-cyber-sanctions-listings.html>

¹⁵¹ See in this regard Resolution adopted by the UN General Assembly on 26 May 2021, A/RES/75/282 [without reference to a Main Committee (A/75/L.87/Rev.1 and A/75/L.87/Rev.1/Add.1)] according to which a draft is to be provided to the GA at its 78th session, which will begin in September 2023 and conclude in September 2024.

that “the EU does not see a need for any new legal instrument on cybercrime at UN level”.¹⁵² However, it appears that a few months later the EU shifted, as the May 2022 Cyber Posture seems to support the UN Convention as an effective instrument. In the terms used by the Cyber Posture: “the EU and its Member States will actively engage in the negotiations for a future UN Convention to serve as an effective instrument for law enforcement and judicial authorities in the global fight against cybercrime”.¹⁵³

88. The Strategy also proposed the development of “an informal EU Cyber Diplomacy Network “to promote the EU vision of cyberspace, exchange information and regularly coordinate on developments in cyberspace.”¹⁵⁴ To this extent, the May 2022 Cyber Posture provided some more information about the envisaged EU Cyber Diplomacy Network by calling upon the High Representative “to establish the EU Cyber Diplomacy Network by Q3 2022, contributing to the exchange of information, joint training activities for EU and Member States’ staff, coherent capacity building efforts and strengthening the implementation of the UN framework for responsible State behaviour as well as confidence-building measures between States.”¹⁵⁵ This proposal has been welcomed by experts, notably in relation to the capacity for this Network to facilitate the setting up “meetings with stakeholders to identify potential collaboration in the joint training activities for EU and Member States’ staff [as this] will allow both the EU and stakeholders to promote “targeted cooperation” in a much more effective way.”

89. Finally, the Strategy also proposed the development of an EU External Cyber Capacity Building Agenda and an EU Cyber Capacity Building Board to support partners to increase their cyber resilience and capacities to investigate and prosecute cybercrime, mainly on the Western Balkans and in the EU’s neighbourhood.¹⁵⁶ In this regard, the Strategic Compass went one step further in noting that “We will support our partners in enhancing their cyber resilience and, in cases of cyber crises, deploy EU and Member States’ experts to offer support”,¹⁵⁷ and the Cyber Posture confirmed that the EU Cyber Capacity Building Board is foreseen by the third quarter of 2022.¹⁵⁸

90. In relation to the foregoing, the development of the EU Cyber Capacity Building Board has the potential to strengthen the EU’s cyber capacity building efforts, notably by coordinating the significant number of initiatives and projects that the EU has undertaken in this area. Indeed, as several experts have recently underlined, there is a need to create more synergies across policy areas and communities, and to define objective criteria and identify priority areas for cyber capacity building project investments in order to avoid overlaps and duplicative efforts.¹⁵⁹

V. Conclusions

91. In the light of the foregoing considerations, a number of conclusions can be highlighted.

¹⁵² Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU’s Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, cit., at p. 21.

¹⁵³ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 13.

¹⁵⁴ Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU’s Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, cit., at p. 22.

¹⁵⁵ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 15.

¹⁵⁶ Id. pp. 22-23. See in this regard also A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, cit., at p. 46: “we will in particular [...] Strengthen our security and defence cooperation with the Eastern partners with a view to strengthening their resilience, including against hybrid attacks and cyber threats, and boost tailored support and capacity building in the area of security and defence”.

¹⁵⁷ A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, cit.

¹⁵⁸ Council conclusions on the development of the European Union’s cyber posture, Brussels, 23 May 2022, 9364/22, at p. 14.

¹⁵⁹ See in this regard R.J. RICART, D. VAN DUREN, AND R. BOSCH, European Cyber Agora, Working Group 4: Advancing a global and open cyberspace Conclusions and recommendations, pp. 27-30.

92. First, the EU has been successful in obtaining international recognition as a relevant actor in the cybersecurity area. In particular, through bilateral and multilateral dialogues and cyber capacity building the EU has been able to influence other actors, for example in relation to the ratification of the Budapest Convention on cybercrime, and to be regarded as an interlocutor - a moderator - capable of contributing positively to cyberspace. Indeed, through the external dimension of cybersecurity, the EU has been able, it is submitted, to reinforce its role as an international actor, and particularly as an international legal player.¹⁶⁰

93. Second, the EU holds the potential to significantly contribute to (re)defining international norms and standards related to cybersecurity. In particular, the EU could contribute to the development of international law in the field of countermeasures, notably by defending the possibility of adopting voluntary collective countermeasures in some instances. In addition, the EU can also contribute to clarifying the cyber conduct that the EU and its Member States consider through the framework of restrictive measures in response to cyber-attacks and by shedding light on the grave instances under which a cyber-attack is liable to trigger the applicability of Article 42(7) in the EU context (and Article 51 of the UN Charter).

94. Third, the EU is particularly well-positioned to provide specific content to the due diligence principle in the cyberspace under international law by promoting externally the high cybersecurity and data protection standards that it is adopting internally, and by raising awareness about the malicious cyber activities that are seemingly taking place in the territory of third countries through the adoption of restrictive measures. In addition, the EU could contribute to defending the mandatory character of the due diligence principle under international law in bilateral and multilateral, especially after the withdrawal of the United Kingdom from the EU, that contests such binding nature.

95. Finally, in order to be more influential in the international sphere, and be able to export its normative priorities as it has done in other areas,¹⁶¹ it is submitted that the EU will need to show more unity and cohesion in international negotiations, but also internally, given the close interconnection of the internal and external dimensions of cybersecurity. A number of measures could be adopted in this regard, and some of them have already been suggested in official documents, such as the reinforcement of the joint intelligence gathering, or the adoption of a more effective and simplified decision-making, which could include the streamlining of QMV for the adoption of sanctions. Finally, the joint attribution of cyber-attacks to State actors at EU level could contribute to increase the purported deterrence effect of the EU restrictive measures and to bring the framework also more in line with international law.

¹⁶⁰ M. CREMONA, 'Extending the Reach of EU Law: The EU as an International Legal Actor' in M. CREMONA, /J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders The Extraterritorial Reach of EU Law*, cit. pp. 64-111. See also A. BRADFORD *The Brussels Effect How the European Union Rules the World* (OUP 2020).

¹⁶¹ G. MONTI, 'The Global Reach of EU Competition Law' in M. CREMONA, AND J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders The Extraterritorial Reach of EU Law*, cit. p. 193.

Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain*

Cryptoassets: Legal categorization of cryptoassets and introduction to the technology DLT/Blockchain

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022
Universidad de La Rioja*

Recibido: 02.05.2022 / Aceptado: 18.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7203

Resumen: Los *criptoactivos* han emergido durante los últimos años como algo muy atractivo entre la población, pero a la vez han supuesto un verdadero quebradero de cabeza para el legislador y diferentes países del mundo. La novedad y la trascendencia transfronteriza obliga a acudir a distintos proyectos normativos, recomendaciones de autoridades, así como a doctrina comparada. En el presente trabajo se afronta el difícil reto de encajar a los *criptoactivos* en el ordenamiento jurídico español, sin menoscabo de proponer una serie de mejoras o sugerencias a nivel europeo. Para afrontar el desafío con seguridad y certeza, será necesario vislumbrar las bases tecnológicas de blockchain, también conocido como DLT.

Palabras clave: *Blockchain*, DLT, *criptoactivos*, bienes tokens.

Abstract: Cryptoassets have emerged in recent years as something very attractive among the population, but at the same time it has been a real headache for the legislator and also for different countries of the world. The novelty and cross-border importance forces us to go to different regulatory projects, recommendations of authorities, as well as comparative doctrine. In the present work, the difficult challenge of fitting cryptoassets into the Spanish legal system is faced, without prejudice to proposing a series of improvements or suggestions at a European level. To face the challenge with security and certainty, it will be necessary to glimpse the technological bases of blockchain, also known as DLT.

Keywords: Blockchain, DLT, cryptoassets, goods, tokens.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al fenómeno tecnológico. 1. Las bases de la tecnología. 2. Tipos de cadenas. 3. Smart contracts. III. Delimitación de los criptoactivos. 1. ¿Activos digitales y criptoactivos, mismo fenómeno conceptual? 2. Criptoactivos. A) Criptoactivos, ¿bienes? B) Los bienes en el Derecho español. C) La categorización de los criptoactivos como bienes. 3. Tokens. A) Concepto. B) Tipos de Tokens. IV. La situación de los criptoactivos en el Derecho comparado. V. Conclusiones.

* Se agradecen las orientaciones y los consejos recibidos del profesor SERGIO CÁMARA LAPUENTE a quien he de dar las gracias por despertar mi pasión e interés por la investigación. Por otro lado, también debo dar las gracias a DAVID MAEZTU que es quien me introdujo de manera más profunda en el mundo de la tecnología blockchain. Mención aparte merece SERGIO CARRASCO con quien he aprendido constantemente los detalles y los entresijos de la tecnología *blockchain*. Con lo cual, los errores que puede presentar el trabajo solo a mi persona le son atribuibles.

I. Introducción

1. La apariencia heterogénea del presente trabajo, que se deduce del propio título y contenido, conduce a la necesidad de realizar una breve explicación sobre el sentido y fundamento de la labor llevada a cabo.

El avance de la tecnología supone un deber para todo jurista de adaptar estos nuevos fenómenos al derecho. *Blockchain* aviva el fenómeno conocido como *the code is the law*¹, a la vez que, desde un análisis más moderado, permite afirmar que constituye un nuevo modelo de la reglamentación de los intereses sobre la base de la autonomía de la voluntad. Las llamadas corrientes *cypherpunks*² pretenden elevar a máxima el alcance de la autonomía de la voluntad, aspirando a la subordinación del orden jurídico a un nuevo orden tecnológico.

2. Los usuarios de la cadena de bloques aumentan con el paso de las horas, los días y los meses. La tecnología va ofreciendo nuevos campos de uso, más allá de las “criptomonedas”. El período 2021-2022 ha supuesto el estallido de los *NFTs*³ en el mercado, una especie de renacer de las *DAOs*⁴, y un sinfín de nuevos casos de uso y proyectos que han ido floreciendo en los últimos meses.

3. Pero a la vez que la tecnología se desarrolla a pasos agigantados, también surge la preocupación del legislador alrededor de este mercado. De modo que recientemente en España se confeccionó la “Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre *criptoactivos* presentados como objeto de inversión”. A nivel europeo, la agenda la marca la propuesta de Reglamento MICA⁵, así como la propuesta de Reglamento DORA⁶. Tampoco podría olvidarse una importante modificación respecto a *eIDAS*⁷ que se introduciría mediante *eIDAS2*, y que versa sobre la regulación de la identidad digital.

4. El objetivo fundamental al cual se liga el presente trabajo es, por un lado, determinar y delimitar conceptualmente el concepto *criptoactivos* de las *criptomonedas*, de los *tokens* etc., para vislumbrar

¹ Expresión que se encuentra en L. LESSIG, *El código 2.0*, traducción en Traficantes de sueños, Madrid, 2009. Disponible en: <https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/El%20c%C3%B3digo%202.0-TdS.pdf>.

² En el diccionario inglés dicho término se concibe de este modo: “*A person who uses encryption when accessing a computer network in order to ensure privacy, especially from government authorities.*”, disponible en: <https://www.lexico.com/definition/cypherpunk>. Fecha de consulta 3.1.2022.

³ *Non fungible tokens* (en adelante *NFT*). Los *NFTs* debido a su configuración son únicos, pues no son intercambiable entre sí. En cambio, en los *tokens* fungibles (*criptomonedas*) dicha cualidad se pierde. Por ejemplo, un *bitcoin* puede intercambiarse por otro *bitcoin*, pues no hay ninguna diferencia entre los mismos. Al contrario, en una colección, cada *NFT* tendrá sus propias características y rasgos que lo permitirán diferenciar de los demás *NFTs* del proyecto. Debe precisarse que, respecto de los *tokens* fungibles es frecuente encontrarse en los textos académicos con el concepto *tokens* a secas. Con lo cual, de aparecer el concepto *token*, hay que entender que la referencia se hace a *tokens* fungibles.

⁴ *Decentralized autonomus organizations*. Estas organizaciones se caracterizan por hacer uso de la tecnología *blockchain* para la consecución de distintos fines, por ejemplo, una *DAO* que agrupe los fondos de los usuarios y que los mismos usuarios a través de una votación decidan en que proyectos invertir esos fondos. El punto clave es que a diferencia de las corporaciones en las *DAOs* no hay jerarquías. Además, los *smart contracts* se configuran como una herramienta imprescindible para el desarrollo de las propuestas o del proyecto en cuestión.

⁵ Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 20 de septiembre de 2020, 2020/0265 (COD). Más conocida dentro de la doctrina como MICA, término que se utilizará a lo largo de este trabajo. Hay que advertir también, que existen tres versiones en relación con MICA, sumado a la anterior (Comisión) estaría la del Consejo de la Unión Europea [19.11.2021, 2020/0265 (COD)] y recientemente una nueva versión con sus correspondientes modificaciones por parte del Parlamento [17.3.2022, COM (2020)0593 – C9-0306/2020 – 2020/0265(COD)]. A lo largo de este trabajo debe entenderse que se hace referencia a la propuesta de la Comisión cuando se diga propuesta de Reglamento MICA de la Comisión, la del Consejo de la UE cuando se diga propuesta de Reglamento del Consejo de la UE, y por último respecto de la versión del Parlamento, se hará referencia a ella como propuesta de Reglamento del Parlamento.

⁶ Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014, 2020/0266 (COD).

⁷ *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity, 2020/0136 (COD)*. En adelante, *eIDAS2*.

todos sus rasgos y el encaje en el Derecho español. Dada la transversalidad del fenómeno de estudio, el Derecho comparado servirá como pauta y apoyo, además de relejo de la dificultad de la uniformidad a nivel global o europeo de las categorías objeto de estudio.

No obstante, el encaje jurídico de los *criptoactivos* no sería posible sin un entendimiento de la tecnología. Con lo cual, el primer paso que se proporciona consistirá en una explicación del funcionamiento de la cadena de bloques. De un lado, se explicará con sencillez todas las características para los principiantes en la materia, pero también se tendrá en cuenta a los avezados, de modo que se suministrarán detalles y matices con una clara incidencia jurídica.

Tras el recorrido tecnológico, se procederá a separar el binomio activos digitales y *criptoactivos*. De forma que para el primer caso se acudirá a la noción de patrimonio, para con posterioridad asentar a los activos digitales conceptual y categóricamente. Una vez delimitados conceptualmente los activos digitales, el siguiente paso consistirá en el estudio y categorización de los *criptoactivos*.

5. Dados los interrogantes que han surgido alrededor de los *criptoactivos*, la formulación de la pregunta de si los *criptoactivos* pueden considerarse bienes o propiedad de un sujeto, resulta más que idónea y necesaria. Este dilema planteado mostrará las disyuntivas en distintos países, y el hecho de que un fenómeno que denota una globalidad intrínseca, al contrario, jurídicamente convive con una pluralidad de criterios y matices respecto de su encaje.

Corresponderá también aportar algunas definiciones de la doctrina española que hablan del *bitcoin* o de las *criptomonedas* como bienes muebles. No obstante, los argumentos en el encaje de los *criptoactivos* dentro de la categoría de bienes han sido más bien pocos, o incluso a veces la doctrina no ha mostrado una gran preocupación en descifrar los requisitos que se exigen para estar jurídicamente ante un bien. Por eso, se incidirá en el estudio de los bienes en el Derecho español, y a continuación se procederá al encaje de las notas comunes de todos los bienes patrimoniales con los *criptoactivos*, para así ver si estos los cumplen o no.

6. Una vez dilucidada la incógnita de los *criptoactivos* y los bienes, el siguiente hito a desarrollar será el de los *tokens* y sus tipos.

7. Como último con el fin de poder vislumbrar las dificultades respecto a una categorización global o a nivel europeo, se acudirá a distintas discusiones mantenidas en ordenamientos jurídicos sobre si los *criptoactivos* son bienes o pueden ser considerados como propiedad.

II. Aproximación al fenómeno tecnológico

1. Las bases de la tecnología

8. Es algo evidente que el término *blockchain*⁸ se ha convertido en un vocablo popular entre la población mundial; no obstante, su funcionamiento no es algo tan consabido como la propia palabra. Para comenzar con una primera aproximación vamos a traer a colación varias definiciones del concepto, para después completar y desarrollar cada uno de sus elementos. Se trata de una base de datos que se caracteriza por una falta de autoridad central y en la cual cualquier persona puede escribir en ella⁹. Por otro lado, DE FILLIPI y WRIGHT sostienen que entre sus rasgos básicos destaca el hecho de constituir una base de datos distribuida, encriptada, compartida, que es irreversible, incorruptible y cuya información es pública¹⁰. A nivel legislativo, el Anteproyecto de Ley de Panamá define *blockchain* (cadena de blo-

⁸ Se ha llegado a afirmar que se trata de un tipo de tecnología emergente o disruptiva: B. VOLODYMYR, H. GILLES, "Distributed ledgers and operations: what operations management researchers should know about blockchain technology", *Georgetown McDonough School of Business Research Paper* No. 3131250, 2018, disponible en SSRN, pg.2.

⁹ J. FAIRFIELD, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", *Indiana Law Journal*, disponible en SSRN, 2021, pg.15.

¹⁰ P. DE FILLIPI, A. WRIGHT, "Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia", 2015, disponible en SSRN, pg.2.

ques¹¹) así: “Es una tecnología que consiste en una base de datos pública donde se registran de forma segura las transacciones que se realizan en la red de registros electrónicos, son inalterables y están disponibles para su verificación en cualquier momento que sea requerido”¹². El primer elemento configurador de *blockchain* es que se trata de una base de datos o un libro mayor cuya versión es electrónica¹³.

9. Para poder entender el ecosistema es imprescindible mencionar la primera *criptomoneda*¹⁴ conocida como *bitcoin*, y cuyo caso de uso es servir como dinero digital *p2p*¹⁵. SATOSHI NAKAMOTO¹⁶ el inventor de *bitcoin* aunó un conjunto de tecnologías ya existentes para crear este sistema¹⁷. Entonces, la pretensión es que esta base de datos sirviera para realizar y anotar las transacciones de *bitcoins* sin depender de una entidad central. También puede adjuntarse determinada información dentro de la cadena de bloques, aunque dependiendo de lo que se pretenda incorporar el coste de la comisión a pagar será mayor debido al aumento del tamaño de la transacción. El precio para pagar se conoce como gas (*fee*). Aquí presenciamos de nuevo el problema de la escalabilidad¹⁸. Por eso, los *NFTs* (que tan de moda están en el mercado y el mundo del arte; concepto que se explicará con posterioridad) la imagen u obra artística (que en realidad contiene esa suerte de cromó, si se quiere entender así) se almacena fuera de la cadena (y lo que se adjunta dentro de la cadena de bloques son una serie de metadatos), porque de lo contrario aumentaría no solo el precio del gas a pagar, sino también ralentizaría la *blockchain* en cuestión. Con lo cual, cada transacción se añadiría a un bloque, el cual se unirá a los anteriores formando una cadena de bloques¹⁹.

10. La cadena de bloques puede entenderse como una especie de tren con sus vagones²⁰ el cual contiene un conjunto de transacciones (es decir, información o determinados metadatos). El hecho de

¹¹ En otros países también se puede contemplar una definición en una ley ya aprobada, pero se refieren al término *DLT* (*distributed ledger technology* en adelante *DLT*).

¹² Anteproyecto de Ley, por el cual se regula el uso como métodos de pago de las criptomonedas, tokens autorizados, NFT y todo lo relacionado a la tecnología *blockchain* en el territorio de la República de Panamá y se dictan otras disposiciones, N° 101, 17 de agosto de 2021.

¹³ Por otro lado, HACKER y THOMALE afirman que *blockchain* es: “...is a distributed database,”. P. HACKER, C. THOMALE, “Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law”, 15 *European Company and Financial Law Review* 645-696, 2017, disponible en SSRN, pg.8. También KONASHEVYCH: “...a decentralized public technology of a shared ledger,” O. KONASHEVYCH, “Introduction”, *Tokenization of Real Estate on Blockchain*, Thesis, Universidad Autónoma de Barcelona, 2020, pg.8. El hecho de que añada “public” a su definición no es nada baladí; la explicación del por qué se proporcionará a la hora de hablar de *DLT*. El término distribuido o descentralizado se suele utilizar indistintamente, aunque como veremos son distintos; sus diferencias se difuminan según la propia configuración tecnológica.

¹⁴ Con posterioridad se reflexionará y delimitarán distintos conceptos como *tokens*, *criptomonedas*, *criptoactivos* etc., hasta ese apartado (III.2 y III.3) hay que entender los términos que se vayan a utilizar lo serán con un sentido y alcance general.

¹⁵ *Peer-to-peer*, en adelante *p2p*. Un sistema de pagos sin la necesidad de ninguna autoridad central (por ejemplo, un banco), y basado en la propia confianza entre personas (*vid.*, S. NAKAMOTO, “Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system”, 2008, disponible en bitcoin.org). A los efectos de la presente expresión, el hecho de que se mencione que su finalidad es servir como dinero electrónico eso no significa que desde un punto de vista legal cumpla con dichos requisitos. Aunque, ya se ha hecho eco que El Salvador ha adoptado la *criptomoneda bitcoin* como una divisa con plenos efectos legales dentro de su territorio.

¹⁶ Persona o personas desconocidas, pues se desconoce su identidad.

¹⁷ Basta decir que en el *paper* de NAKAMOTO no se hace ninguna mención a la palabra *blockchain*, sino que como elemento central e integrador de su propuesta está el concepto de confianza y consenso. De hecho, la legislación de Liechtenstein utiliza ese propio término (confianza) para denominar a su ley.

¹⁸ Véase la Nota 19.

¹⁹ Los bloques solo pueden almacenar un conjunto de transacciones, pues su capacidad no es ilimitada; este hecho trae como consecuencia el llamado problema de la escalabilidad, es decir el conjunto de transacciones que pueden formar parte de un bloque antes de su cierre y el comienzo de un nuevo bloque. Este supuesto ha traído un gran debate entre los usuarios de *bitcoin*, pues hay quienes abogan por un aumento del tamaño de los bloques (tal es la importancia que en el año 2017 se creó *bitcoin cash* a consecuencia de un *hard fork* (en algunos casos se trata de un desdoble de la cadena desde un bloque concreto, por ejemplo, con *bitcoin* a consecuencia de un *hard fork* surgió otra *criptomoneda* conocida como *bitcoin cash*), pues una parte de los mineros (encargados de validar las transacciones y crear nuevos bloques mediante *hardware*) estaban a favor de aumentar el tamaño de los bloques y otra no lo estaba, y otros que se apegan a la filosofía.

²⁰ MEHENDALE, RESHMA y HARSHA también descomprimen el propio concepto, atribuyendo al bloque el siguiente significado: *Block*: “- It is a data structure used for storing a set of transaction which is distributed to all the network”, y a la cadena: “*Chain*: - It is a sequence of blocks in chronological order”. D. MEHENDALE, M. RESHMA, P. HARSHA, “Implication of block chain in real estate industry”, *IJRTE*, Vol-8, Issue-1, 2019, pg.500.

que estén enlazadas las cadenas anteriores con las posteriores se debe al *hash*²¹. Quiere decir esto, que cada bloque contiene el *hash* del bloque anterior. En la cabecera del bloque se encuentra el *hash* resultante y que agrupa el conjunto de transacciones que han sido confirmadas por un minero o un grupo de mineros (a esto hay que añadir el hecho de que hayan sido aceptadas por parte de los nodos de la comunidad). De intentar realizar una modificación, por ejemplo, revertir una transacción, los *hashes* de los bloques anteriores cambiarían²².

11. Otro factor vertebrador del sistema es el consenso. Dentro de esta figura cobran importancia los nodos y los mineros²³. En cuanto a estos últimos son las figuras encargadas de dar con la solución de un problema matemático, cuyos beneficios consisten en evitar el doble gasto de *criptomonedas*, entre otros (por ejemplo, que una persona utilice sus *bitcoins* más de una vez). En este proceso, los mineros²⁴ se encargan de revisar las transacciones que se encuentran en la *mempool*, para así dar con la solución al problema matemático (la búsqueda del *nonce*²⁵ y cálculo del *hash*), y que este grupo de transacciones pasen a formar parte del nuevo bloque.

²¹ Puede entenderse como una huella digital. KONASHEVYCH define esta herramienta como: “*Hash is a “digital fingerprint” of data; it represents but does not disclose the original data. It is used to verify the authenticity of data*”, KONASHEVYCH, “*Intro... op.cit.*”, pg.37. Este proceso de *hashing* también puede ser entendido como un procedimiento en el cual mediante la función de *hash* (que básicamente, se trata de un algoritmo matemático), se recibe un *INPUT* (una serie de datos), y se produce gracias al protocolo un *OUTPUT* que tiene una extensión fija debido a las reglas del protocolo. Con lo cual, en el supuesto de que el *INPUT* se alterase, también significaría en la práctica que el *OUTPUT* sería distinto. De forma más gráfica, hay 5 transacciones con su correspondiente *hash*, si se cambiase/alterase alguna transacción, todos los *hashes* anteriores serían distintos.

²² Basta decir que debido al propio protocolo para lograr esta hazaña, en el caso de *bitcoin* sería necesario un 51% del poder computacional de minería. Que cambien todos los bloques y no solo el anterior se debe a la utilización de la estructura conocida como *Arbol de Merkle* (representa todas las transacciones que el minero añade a un bloque; es decir la suma de todos los *hashes* que se generan a través de las transacciones). Tal y como se puede deducir de la nota N°24, el sistema está pensado de forma que actuar deshonesto sea prácticamente imposible, mientras que se premia la honestidad. Esta filosofía se ha adoptado por otras *blockchains*, aunque cada una ha adaptado las bases a su manera.

²³ Una definición técnica: “*It is a specific node which performs the block verification process*”. MEHENDALE *et al*, *op.cit.*, pg.500.

²⁴ Para poder desarrollar su función, hoy en día se utilizan los llamados *Asics* (básicamente un hardware). Cuántos más *Asics*, mayor potencia de computación y mayor probabilidad de minar un bloque. Por eso, se suele hablar de granjas de minado (*pools de minería*), o grandes conglomerados de minado (se suele utilizar la expresión *hash rate* para aludir a la suma de toda la potencia ofrecida por parte de los equipos de minado que conforman el sistema) como sucedía en China. A la hora de hablar del minado, una pieza importante es el propio algoritmo de consenso conocido como *PoW* (*Proof of Work*), que se caracteriza por ser una función hash conocida como SHA-256 (hablando siempre, en relación con *bitcoin*). Su función consiste en tomar los datos de entrada (el llamado *input* al que se aludió anteriormente) y devolver un hash de 256 bits (o también dicho, 64 caracteres de largo). Este sistema de *PoW* ha sido criticado por el consumo eléctrico (entre otras cosas), tal ha sido así que la compañía Tesla dejó de aceptar *bitcoins* como método de pago (esto será así hasta que se utilice para minar una mayor cantidad de energías renovables). Como método de incentivo, pues el adquirir los *Asics* y el gasto eléctrico que conlleva, el sujeto que consigue minar un bloque obtiene como recompensa una cantidad de *bitcoins* y las comisiones recaudadas por las transacciones que paulatinamente va disminuyendo (esto es respecto a la cantidad de *bitcoins* que puede obtener, es decir cada 210.000 bloques, la recompensa disminuye; esto se conoce como *halving*).

Entre las alternativas propuestas está *PoS* (*proof of stake*), que en vez de utilizar *Asics*, se toma como punto de partida el uso de las monedas propias del ecosistema para validar las transacciones (por ejemplo, esto se hace en el ecosistema de *Cardano*). Cuántas más monedas posea una persona o un grupo de personas, más probabilidades tendrá de validar un bloque (por eso, se habla de apilar monedas; también decir, que en la práctica las personas delegan sus monedas a grupos de validadores; puede ser mediante un *exchange*, o de forma descentralizada a través de una *wallet* como puede ser *Yoroi*).

²⁵ Primero que nada, en cuanto al concepto de *mempool*, este puede entenderse como aquellas transacciones pendientes de confirmar y de añadir a un bloque. *Number that can be only used once* (*nonce*), es un número aleatorio que se genera y utiliza tan solo una vez dentro del protocolo (tal como se ha explicado en la Nota N°21 el *nonce* viene a ser una herramienta más dentro del sistema para generar el *hash* del bloque en cuestión, y que además garantiza la seguridad del sistema criptográfico). Por ejemplo, imaginemos que estamos hablando del bloque N° 200, 201 y 202. En el encabezado del bloque n°202 nos encontraríamos con: el *hash* del bloque anterior (N° 201); el *nonce* (que como se ha explicado es la cifra que el minero tiene que encontrar a través de *PoW*) y el *Merkle root*. En el caso del bloque 201, su *hash* se generó gracias al *hash* del bloque 200, el *merkle root* del bloque 201 y el *nonce* que el minero debe encontrar debido a las exigencias de *PoW*. Entonces, para generar el *hash* del bloque 202, será necesario utilizar el *hash* del 201, el *Merkel root* de las transacciones del 202 y encontrar el *nonce* por parte del minero.

12. En cuanto a los nodos²⁶, estos se caracterizan por almacenar cada uno de ellos dentro de sus ordenadores una copia de la *blockchain* en cuestión. Además, esta copia periódicamente se va actualizando (algo lógico, pues contiene las transacciones realizadas hasta el momento). Este hecho se traduce en que el protocolo en sí mismo carece de una autoridad central (conjugando con la afirmación anterior, la copia de las transacciones o datos no figurará tan solo en una base de datos central, sino que su disposición y almacenamiento se encuentra en múltiples nodos), desembocando en un modelo basado en la confianza generada entre sujetos anónimos gracias al propio protocolo. Si nos centramos tan solo desde la óptica financiera, supone a la postre la sustitución o eliminación de un intermediario tal y como lo es en la práctica una entidad bancaria. Por eso, también se habla de una red *p2p*. De este modo se ha llegado a afirmar que: “...*the system forms of a universal peer-to-peer network and hence multiple locations stored the monad information, so it certifies that the data is verifiable and public. One of the consequences is that the information on the blockchain is hard to wreck. It is not impossible but needs a massive amount of computer power to reclaim the recordings*”²⁷.

13. Otro elemento crucial dentro del ecosistema es la criptografía de clave asimétrica (pública)²⁸. Sus rasgos son la utilización de una clave pública y otra privada. Podría imaginar a ALICE²⁹ que quiere enviar un correo³⁰ encriptado a BOB. Para que se produzca este hecho, BOB ha de enviarle a ALICE su clave pública³¹. Una vez redactado y enviado el mensaje, ALICE con su clave privada podrá descryptar y leer el mensaje.

14. La gran innovación de NAKAMOTO consiste en una suerte de contrato social entre sujetos anónimos³² sin la necesidad de una autoridad central. Ya se hizo mención con anterioridad al término consenso, que en verdad es el núcleo de todo el sistema. Los seres humanos suelen tener intereses contrapuestos, discrepan y muchas veces actúan de forma deshonestas³³. Pero, el sistema fue pensado e

²⁶ Existen distintos tipos de nodos (hay que entender también, que un nodo es básicamente un ordenador conectado al sistema), pero nosotros nos hemos referido aquí a los nodos completos y a los nodos de escucha (la base de la explicación está siendo *bitcoin*, pero hay que comprender que cada protocolo contará con sus propias especificidades). Con profundo acierto deducen DE FILLIPI y WRIGHT del *paper* de NAKAMOTO, que: “*every node in the Bitcoin blockchain network has a copy of the longest blockchain and nodes only accept new blocks when all transactions in it are valid and not spent*”, DE FILLIPI *et al.*, *op.cit.*, pg.7. Siguiendo con la descripción de los nodos, estos reciben los nuevos bloques, a continuación, realizan una serie de comprobaciones, para con posterioridad rechazar o validar el bloque. En el supuesto de darlo por válido, se transmite este hecho a los demás bloques del ecosistema.

²⁷ Algunas expresiones aparecerán en el texto en su versión original, pues se considera que el original proporciona una mejor información que una traducción. N. EBRAHIMYAN, M. LOTFI GHARROUD, S. BASTANI ALLAH ABADI, F. JAFARI, “Tokenization and its application in different countries”, *Journal of FinTech and Artificial Intelligence*, Vol.1, Issue 1, 2021, pg.15. Mismamente en Liechtenstein durante la tramitación parlamentaria de su conocida ley que regula ciertos aspectos en relación con esta tecnología, se dijo que: “*If one wishes to reproduce a physical bank note digitally, a significant problema arises: Even if the “realness” of a digital bank note can be ensured via technical procedures, a digital bank note may be copied with no loss. The consequence would be an uncontrolled, growing quantity of money and a loss of trust in the circulation of money. Implementing digital cash (in contrast to digital payment with book money which is processed via banks) has for this reason not been posible with the requisite security for a long time from a technical perspective. Blockchain technology has solved this problem and therefore paved the way for digital cash*”, *Vid. Report and application of the government to the parliament of the principality of Liechtenstein concerning the creation of a law on token and TT service providers (token and TT service provider Act; TVTG) and the amendment of other law*, pg.16.

²⁸ En concreto, la *blockchain* de *bitcoin* utiliza la curva elíptica que se trata de un subtipo de esta categoría.

²⁹ Se utilizan como ejemplo estos dos nombres, pues son los personajes ficticios más conocidos dentro del entorno *cripto*.

³⁰ Para realizar esta acción se puede utilizar la aplicación *protonmail*.

³¹ Un error que suele cometerse dentro del sistema es pensar que para que una persona pueda enviar unas *criptomonedas* a su billetera (*wallet*) a otra (como también se apuntará con posterioridad, en realidad las *criptomonedas* no salen nunca de la *blockchain*; dicho esto técnicamente no se encuentran en la billetera), al remitente se le envía su clave pública. En un sentido técnico, lo que sucede es que se comparte la dirección de la billetera que se genera a partir de la clave pública.

³² Aunque al hablar sobre *criptomonedas*, se suele aseverar que las personas que operan con ellas tienen garantizado el anonimato, esto no es así en la práctica. Por ello, se defiende que estamos ante una pseudoanonimización; se ha demostrado que a través del comportamiento de los usuarios (así como de otros indicios) se puede descubrir al sujeto que controla una *wallet*. *Vid.* K. KOSHY, D. KOSHY, P. MCDANIEL, “An analysis of anonymity in bitcoin using p2p network traffic”, *Financial Cryptography*, 2014.

³³ Este concepto responde a un teorema que fue planteado con mucha anterioridad y que se conoce como la tolerancia a las faltas bizantinas. Da respuesta a los supuestos en los cuales algún participante de la red falla en cuanto a su función o actúa

ideado de forma que el sujeto o los sujetos que quisieran actuar en contra del código, lo tuvieran casi imposible o también, dicho de otra forma, perderían más que ganarían.

15. En definitiva, haciendo una síntesis de lo anterior, puede concluirse que: se está ante un sistema que pretende funcionar como una base de datos inmutable, sin una autoridad central, cuyas transacciones (informaciones) se encuentran en la *blockchain* y dentro de cada ordenador (nodo) que participa en el sistema, y cuya base fundamental se encuentra en la confianza entre sujetos desconocidos que buscan obtener el beneficio y funcionalidades del protocolo.

Visto lo anterior, uno puede llegar a la conclusión de que NAKAMOTO se sirvió de un conjunto de tecnologías que sin ser vetustas ya existían en el momento de aunarlas para crear *bitcoin*.

2. Tipos de cadenas

16. La utilización de la terminología *DLT*³⁴ y *blockchain* en escritos y propuestas legislativas como términos equivalentes es un hecho, aunque en la práctica esto no sea cierto. Se ha afirmado, y con pleno acierto que *blockchain* es una subcategoría *DLT*³⁵.

Algunos autores abogan por una utilización estricta del término *blockchain* no debiendo de incluirse dentro de esta categoría las redes privadas ni las permitidas³⁶. Para entender esta afirmación, corresponde aclarar una serie de conceptos:

- a) Cadenas privadas: Son aquellas en las que los creadores de bloques forman parte de un círculo cerrado de personas. Unos sujetos seleccionados y que operan según las reglas del protocolo. Esto supone, que en la práctica puedan revertirse transacciones con una mayor facilidad que en un protocolo público.
- b) Cadenas públicas: Se caracterizan porque cualquier sujeto puede participar dentro del protocolo sin necesidad de identificación. Se añade por otro lado que no son centralizadas, y por lo tanto son inmutables e irreversibles.
- c) Cadenas permitidas: Pueden ser concebidas como una suerte de cadenas híbridas que comparten características tanto de las cadenas públicas como de las privadas. Cualquier persona puede participar dentro del protocolo (con funciones similares o distintas, según la propia configuración del protocolo), pero deben ser identificados previamente.

17. De este pequeño relato puede concluirse que la tecnología en cuestión ofrece múltiples modalidades de configuración que escapan de los conocimientos de los juristas, y que deben ser explicadas

de forma maliciosa. Para superar este problema se utilizan distintos algoritmos de consenso (véase la Nota 24 en relación con *PoW* y *PoS*).

³⁴ Incluso en la propuesta de reglamento MICA de la Comisión se emplea dicho concepto, aunque su traducción al español se hizo como Descentralizado y no Distribuido.

³⁵ Afirmando VOLODYMYR y HILARY que: “*There are other forms of distributed ledger technology, such as directed acyclic graphs (DAG) or hashgraphs, but Blockchain is currently the most developed one*”. VOLODYMYR *et al.*, *op.cit.*, pg.4.

³⁶ En relación con estas categorías, sostiene KONASHEVYCH que *blockchain* contiene como rasgo esencial la descentralización, mientras que *DLT* se caracteriza por una centralización fluctuante (hecho este que sucede en cadenas privadas o permitidas), KONASHEVYCH, “Intro...” *op.cit.*, pg.8. *Ibidem*, pg.12. Además, este autor a través de la cita y estudio de trabajos realizados por otros autores proporciona también una distinción entre los conceptos Distribuido y Descentralizado. Entonces, la descentralización supondría la presencia de un *server* central que comunica la información a los otros participantes del sistema. En el caso de sufrir un ataque este *server*, equivaldría a que desaparecería la comunicación del *server* central con los otros participantes, pero si se mantendría la comunicación entre el resto de los componentes del sistema. En cambio, en el sistema distribuido no hay un *server* central, con lo cual se eliminaría el problema anteriormente mencionado. *Ibidem*, pg.12. A nivel legislativo en Malta definen *DLT*, véase, *Virtual financial assets act*, CAP.590, 1 nov de 2018, pg.3. También optan por mantener la tecnología *blockchain* como un subtipo de *DLT* BLEMUS y GUÉGAN, en S. BLEMUS, D. GUÉGAN “Initial crypto-asset offerings (ICOs), tokenization and corporate governance”, *Capital Markets Law Journal*, Volume 15, Issue 2, disponible en SSRN, 2019, pg.4. Aunque en este trabajo se opta por encajar a *blockchain* como subcategoría de *DLT*, la utilización del término *blockchain* será estricta, no debiendo entenderse dentro de este las redes privadas o permitidas.

de manera clara por los tecnólogos para comprender el potencial y casos de uso. La terminología para utilizar debe ser lo más neutral posible³⁷, de modo que se respete tanto la neutralidad tecnológica, como los posibles avances futuros.

3. Smart contracts

18. Al hablar sobre su concepto, se ha discutido si en verdad son contratos u otra cosa. Si se regresa a los orígenes, el propio NICK SZABO lo define de forma que: “*A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract*”³⁸.

Entonces, se colige de la propia definición que en realidad no son contratos, pues se trata de programas o protocolos informáticos que permiten la autoejecución de unas determinadas prestaciones. Pueden llegar a ser verdaderos contratos, pero para ello han de cumplir con los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para la formación de los contratos.

III. Delimitación de los criptoactivos

1. ¿Activos digitales y criptoactivos, mismo fenómeno conceptual?

19. A lo largo de los años, la propia terminología ha ido evolucionando de tal forma que en la actualidad el concepto *criptoactivos* se abre paso y se consolida tanto en textos académicos, como en legislaciones o propuestas normativas. La utilización de los vocablos *criptomonedas*, *tokens*, *criptoinstrumentos*³⁹,

³⁷ La propia legislación de Liechtenstein que se ha citado con anterioridad opta por este criterio. “*The terms “virtual” or “crypto” describe a technological form and, for reasons of technological neutrality, are not appropriate to be used as an umbrella term in the context of this Law. As will be explained in more detail below, the Law on Tokens and TT Service Providers introduces tokens as a new legal object to describe all applications.*”, Report and... op.cit., pg.12. Se caracteriza por ser un término neutro el de *trustworthy technologies* (pues recoge este de manera implícita todas las características de la tecnología blockchain; una crítica acerca del término puede verse en la página 133 y ss. de la versión alemana (más extendida que la inglesa) dentro del Cap I: “*Bericht der regierung*”) *Bericht und antrag der regierung an den landtag des fürstentums Liechtenstein betreffend die shaffung eines gesterzes über token und videntleister (token- und vi-dienstleister-gesetz; TVTG) und die abänderung weiterer gesetze*, Nr 54/2019. Es más, si se analiza con detenimiento el *paper* de NAKAMOTO, se puede observar que en ningún momento menciona los términos *blockchain*, *descentralization* (aunque sí distribuido). Sí que hace referencia al concepto *block* o *chain*, pero de manera separada. La pretensión consiste en sustituir a una confianza basada en terceros, por una confianza basada en las reglas de un protocolo abierto, público, en el cual se parte del principio de que todos los participantes son iguales. Otro ejemplo puede verse en Suiza, cuando se sostiene que: “*i termini «TRD» e «registro elettronico distribuito» non sono introdotti a titolo di definizione nel Codice delle obbligazioni. Sono invece descritte le caratteristiche fondamentali della TRD che, a nostro parere, giustificano di riconoscerle gli stessi effetti di un titolo di credito munito di fede pubblica*”. *Confederazione Svizzera, Messaggio concernente la legge federale sull’adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito*, 2019, pg.28.

³⁸ N. SZABO, “Smart Contracts”, 1994, disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>.

PRENAFETA RODRÍGUEZ se refiere a ellos como: “*secuencias de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una o varias prestaciones de un contrato (por tanto, programas de ordenador)*”. J. PRENAFETA RODRÍGUEZ, “Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica”, *Diario La Ley*, N°8824, 15 de septiembre 2016, pg.1. Una crítica al concepto, así como también al llamado *smart legal contract* puede encontrarse en A. MADRID PARA, “Smart contracts-fintech: reflexiones para el debate jurídico”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num.52/2020*. En Malta, a nivel legislativo, definen a los *smart contracts* de la siguiente manera: “*“smart contract” means a form of technology arrangement consisting of- (a) a computer protocol; or (b) an agreement concluded wholly or partly in an electronic form, which is automatable and enforceable by computer code, although some parts may require human input and control and which may be also enforceable by ordinary legal methods or by a mixture of both;*” *Virtual financial assets act, CAP.590*, 1 nov de 2018. De la misma forma podemos encontrarnos con una definición del concepto *smart contract* en la *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 12 de febrero de 2019 (concretamente en el art.8.2 ter) que convierte en ley el decreto ley de 14 de diciembre de 2018 sobre apoyo y simplificación para las empresas y administraciones públicas.

³⁹ Una mención acerca de la pluralidad terminológica en relación con este nuevo fenómeno puede encontrarse en: C.M BANU, F. CLEM, “Aspecte de actualitate privind reglementarea tehnologiei registrelor distribuite și a monedelor virtuale în legislația statelor membre ale uniunii europene”. Investigación realizada por el Departamento de estudios parlamentarios y políticos europeos, dirección para la UE, Bucarest,2019.

*criptodivisas*⁴⁰ y un sinfín de conceptos de manera indistinta, sin tener en cuenta sus peculiaridades tanto jurídicas, como de uso, paulatinamente se ha ido desplazando de forma que se aboga por una mayor precisión terminológica.

20. Antes de proceder a la cita de una batería de definiciones del término *criptoactivo*, conviene acometer una breve reflexión sobre activos digitales. El primer paso y pregunta que se formula para poder enfocar debidamente las cuestiones que circulan alrededor del concepto *criptoactivo* es: ¿son los *criptoactivos* una especie del género activos digitales⁴¹?

Se sostiene que los activos digitales son una forma más antigua y vasta de representar a los activos⁴². Quizás, dada nuestra cultura jurídica, sería más propio hablar del patrimonio (o del término “bien”, aunque el uso común dentro del habla inglesa parece consolidarse como activo) y sus elementos; hecho este que se hará con posterioridad para encajar el concepto activo digital dentro del ordenamiento jurídico español.

El primer matiz parte de la propia posibilidad que ofrecen las distintas tecnologías de representar activos en el mundo digital. Se critica que la tecnología *DLT* o *blockchain* tan solo es una de las alternativas dentro de un campo de representación más amplio⁴³.

21. Con lo cual, el hecho de que un determinado bien o derecho se represente en forma digital, a la postre no supondrá un cambio de la norma aplicable, pues cada acto o negocio jurídico se regirá por la norma o normas que mejor se adecuen a su contenido; igualmente con el tiempo la normativa pudiera también cambiar debido a un uso distinto por parte del usuario. No obstante, una representación digital sí que puede incidir en ciertos aspectos como pueden ser la creación, la custodia, la forma de envío del activo etc.⁴⁴.

Son los propios actos de los seres humanos los que determinarán qué normativa se aplica a un determinado acto. En algunas ocasiones, para el intérprete su tarea consistirá en una mera subsunción casi de carácter automático. Por el otro lado, puede darse la situación en la cual la labor de encajar un determinado acto en una norma sea un quehacer que requiera un esfuerzo y dedicación ingente; incluso llegar a la conclusión de que no existe una norma adecuada para la protección de los intereses de las partes contratantes en un determinado mercado y con ello sea necesario una intervención por parte

⁴⁰ J.W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, 2018, pg.114.

⁴¹ Cuando ALLEN, RAUCHS, BLANDIN y BEAR ponen de relieve que: “*Then a coherent alternative for asset classification is proposed which includes a generic definition of digital assets and cryptoassets which captures the innovative properties of these assets and should stand the test of time*”, parece que ambos conceptos distan de poseer el mismo significado, pues ningún sentido tendría referirse al objetivo de proponer una definición de activos digitales y *criptoactivos* si ambas figuras fueran equivalentes (incluso en la página 13 puede observarse que afirman de manera rotunda que el término activo digital es más amplio que el de *criptoactivos*). J.G. ALLEN, M. RAUCHS, A. BLANDIN, K. BEAR, “Legal and regulatory consideration for digital assets”, *Cambridge centre for alternative finance*, 2020, pgs.10 y 13. También una referencia en relación con que el concepto de activo digital posee una mayor amplitud se encuentra en T. LYONS, “Blockchain and the future of digital assets”, *EU blockchain observatory and forum*, 2020, pg.7 y ss. La misma disertación sobre la diferencia de los *activos digitales* y *criptoactivos* como subcategoría puede encontrarse en P. ATHANASSIOU, T. JUUTILAINEN, J. UITDEHAAG, “Principles of the use of digital assets as security”, *ELI*, 2022, pg.16.

⁴² ALLEN *et al.*, *op.cit.*, pg.13. Matizan que un activo puede ser tangible, teniendo entonces una representación física, o intangible que se caracteriza porque su representación tan solo es virtual. Pero, su reflexión no termina en esta dicotomía, pues añaden que pueden presenciarse ambos fenómenos, es decir, que un activo tenga una existencia física, pero también una representación digital (utilizan el ejemplo de una acción para describir esta dualidad representativa). VAN ERP en cambio propone una definición de activos digitales que ejemplifica lo siguiente: “*“digital asset”, as being a file that is created, recorded, transmitted or stored in digital or other intangible form by electronic, magnetic or optical means or by any other similar means. Whatever may be said about these classifications in more detail, it will be clear that they all have in common that data are non-physical objects, which can only exist in combination with a physical object or subject: the data Carrier*”. S. VAN ERP, “Land registration and “disruptive” (or “trustworthy”) technologies: Tokenisation of immovable property”, en E. IORIATTI, A. FRAGA, S. VAN ERP, “The European Land Register Document (ELRD): A common Semantic Model for Land Registers Interconnection”, *European Land Registry Association*, Bruselas, 2019, disponible en SSRN, pg.7

⁴³ En su afán de diferenciar a los activos digitales ALLEN, RAUCHS, BLANDIN y BEAR aportan otro dato: “This distinction is based on the novel characteristics that set them apart from other digital assets: (i) the lack of a formal issuer, and (ii) the unique incentive role performed in the underlying distributed ledger or application.”, ALLEN, *et al.*, *op.cit.*, pg.13.

⁴⁴ *Ibidem*, pg.8.

del legislador. En la práctica, haciendo siempre mención a los *criptoactivos*, lo que ha ocurrido es la creación de normas que regulan ciertos aspectos. Estas normas, pueden regular la emisión, garantías, las formas de transferencia y sus efectos (entre otros detalles a los cuales no se aluden) con una visión y alcance más global (*v.gr* Liechtenstein) o de una forma más específica (Suiza que se centra más en el mercado financiero; también el país de El Salvador en relación con *bitcoin* y su naturaleza jurídica en dicho territorio).

22. A nivel legislativo, puede deducirse una definición del concepto activo (parece ser con pretensión de globalidad⁴⁵) en Malta:

— “*activos*” significan propiedades de bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo⁴⁶.

En cambio, el Instituto de Derecho Europeo define al activo digital del siguiente modo:

— “*digital asset*” means any record or representation of value that fulfils the following criteria:

(i) it is exclusively stored, displayed and administered electronically, on or through a virtual platform or database, including where it is a record or representation of a real-world, tradeable asset, and whether or not the digital asset itself is held directly or through an account with an intermediary;

(ii) it is capable of being subject to a right of control, enjoyment or use, regardless of whether such rights are legally characterised as being of a proprietary, obligational or other nature; and

(iii) it is capable of being transferred from one party to another, including by way of voluntary disposition⁴⁷.

Es loable la pretensión de la definición pues resulta muy ilustrativa, además de neutra. No obstante, hay que apuntar la discrepancia en cuanto al concepto representación de valor. Ahora bien, la crítica sobre este concepto se hará con posterioridad a la hora de categorizar a los *criptoactivos*.

23. Como se dijo con anterioridad convendría detenerse, aunque de manera sucinta a analizar el concepto de patrimonio en el ordenamiento jurídico español. Esta breve parada permitirá ofrecer una definición de activo digital que se adecúe a nuestra tradición jurídica, pero que también pueda tener una vocación de universalidad.

ALFARO⁴⁸ define al patrimonio de la siguiente manera:

⁴⁵ Pues con posterioridad en lo que se refiere a la tecnología *DLT*, sostienen que activos *DLT* significan (clasifican): *tokens* virtuales, activos financieros virtuales, dinero electrónico o instrumentos financieros. *Virtual finance... op.cit.*, pg 3. La dificultad estriba en descifrar, si en realidad se refieren a “*assets*” como el género de la categoría o simplemente como sinónimo de *crypto-asset* o *DLT-asset*.

⁴⁶ *Ibidem*, pg.2. En cambio, en el glosario de la guía elaborada por FATF (*financial action task force*), se definen a los activos virtuales: “*A virtual asset is a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations*”. FATF, “12-month Review Virtual Assets and VASPs”, FATF, Paris, France, 2020, pg.23.

Peca esta definición de imprecisión, pues tan solo abarca aquellos activos cuya finalidad son servir de medio de pago o inversión. Es más, la propuesta de reglamento MICA de la Comisión, cuya mención se encuentra en el apartado correspondiente a los tipos de *tokens*, toma en parte como modelo esta aportación. Con lo cual, para su crítica y para evitar reiteración, se hace remisión al correspondiente apartado. Hay que mencionar también que, esta definición se aparta propiamente de lo que se entiende en este trabajo por activo digital, y se acerca más al concepto de *criptoactivo* (aunque como ya se ha mencionado ambos conceptos se vienen utilizando de manera simultánea a modo de sinónimos en algunos textos).

⁴⁷ ATHANASSIOU *et al.*, *op.cit.*, pg.15.

⁴⁸ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro”, *Almacén de Derecho*, 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/patrimonio-y-persona-juridica-en-federico-de-castro>.

ALBALADEJO en cambio, aunque no ofrece una definición propia, su visión se acerca en referenciar al patrimonio como un conjunto de relaciones jurídicas. Difiere su perspectiva de la de ALFARO pues afirma que el patrimonio no se compone por cosas, sino que está formado por un conjunto de derechos que recaen sobre esas cosas (*v.gr* el derecho de propiedad); también menciona que ALFARO citando a DE CASTRO, aporta que: “*No se olvide nunca que solemos referirnos al derecho que se ostenta sobre un bien refiriéndonos al bien mismo cuando el derecho es el de propiedad*”; el subrayado es nuestro). M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I, introducción y parte general*, 15. Ed, BOSCH, Barcelona, 2002, pgs.506 y 507.

DE PABLO en cambio lo entiende como un conjunto de bienes, entre los cuales también se integran los derechos de carácter económico, así como las deudas de una persona. Con posterioridad al analizar el activo, dice que dentro de esta categoría

— *un conjunto unificado de bienes, derechos, créditos y deudas. Un patrimonio es un conjunto unificado de cosas valiosas.*

Al optarse por esta definición, podrá observarse que el término activo digital resulta insuficiente, por cuanto deja en el olvido el aspecto pasivo⁴⁹ que grava un conjunto de bienes o se refiere a una serie de deudas que afectan a todos los elementos del patrimonio.

Pudiera acogerse un término quizás más neutro como elementos del patrimonio con representación o existencia digital. De modo que una definición del término elementos del patrimonio con existencia digital sería la siguiente:

Un conjunto de bienes, derechos, deudas y créditos que forman parte de un patrimonio, pero su existencia podría darse tan solo en el ámbito digital, o por el contrario existir en el mundo físico y contar con una representación digital que permita su circulación a través del medio técnico establecido.

24. Respecto del vocablo activo digital⁵⁰, su definición se podría acotar así:

Es activo digital los bienes y derechos de un patrimonio de la persona, pero cuya peculiaridad reside en que este activo puede existir tan solo en el ámbito digital, o en el mundo físico y contar con una representación digital que permita su circulación a través del medio técnico establecido.

2. Criptoactivos

25. Se trata de un término ambiguo, pero cuya utilización en textos legales y trabajos académicos se aprecia con una mayor asiduidad. El objetivo de este apartado consistirá en analizar las principales definiciones del concepto, para poder extraer sus deficiencias y aciertos con el fin de proporcionar una definición neutra, y con vocación de servir de base para futuras construcciones conceptuales.

Indudablemente en cualquier definición estará incluida la terminología tecnológica. No obstante, ello no significa que la delimitación del concepto deba ser algo puramente tecnológico. Las propias peculiaridades jurídicas siempre habrán de estar presentes, pero el desafío del jurista es proporcionar una definición técnico-jurídica lo más neutra posible, de modo que pueda servir de cara a innovaciones tecnológicas futuras, y también alejarse en su contenido a referencias expresas de un *criptoactivo* o basarse en un tipo concreto de *criptoactivo*.

26. Para la primera aproximación, la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión define a los *criptoactivos*:

*una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*⁵¹.

se integran las cosas corporales y los derechos (pero, que en relación con las cosas corporales hay que entender a estas dentro del activo como el derecho de propiedad sobre una cosa). La definición de DE PABLO puede resultar un tanto incompleta si se interpreta la intención del autor como la de marginar la categoría de cosas incorporales. P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 8 El objeto de los derechos”, en P. DE PABLO CONTRERAS (Coordinador), C.M. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, M^a.A. PARRA LUCÁN, *Curso de derecho civil volumen (I) Derecho privado y Derechos subjetivos*, 6^a Ed., Edisofer, Madrid, 2018, pg.250. Para el objeto de este trabajo la definición de ALFARO resulta más que adecuada, pues no es la pretensión en este estudio la revisión exhaustiva a categorías que cuentan ya con una abundante bibliografía.

⁴⁹ Lo mismo sucede con la definición contenida en la legislación maltesa. Pudiera interpretarse quizás de otra forma, pero la propia definición es de por sí restringida, pues no solo excluye el pasivo, sino que también parece referirse solo a aquello que se tiene en propiedad.

⁵⁰ En Liechtenstein parece ser que el término activo se delimita al posible valor del *token*, independientemente de si mediante el mismo se representa un *token* o no (*Der Begriff des Vermögens in Art. 4 TVTG ist zutreffend, da einem Token – unabhängig davon, ob dieser ein Recht repräsentiert oder nicht – ein Tauschwert zukommen kann*, pg.184).

⁵¹ *Ibidem*, art.3.2. Si se analiza la exposición de motivos de la propuesta del Reglamento MICA de la Comisión, parece ser que el objetivo es proporcionar una definición con una suerte de pretensión de globalidad: (“Por ello, los «criptoactivos» y la «tecnología de registro descentralizado» deben definirse de la manera más amplia posible, a fin de abarcar todos los tipos de criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de servicios

Esta definición dista de ser completa y responder a un concepto neutro y global.

WARREN BUFFET aporta un criterio interesante de cara a diferenciar al precio y al valor (concepto este último que interesa aquí). La definición que propone es la siguiente: “precio es lo que pagas; valor lo que obtienes”⁵². De este modo el valor vendría a equivaler a la utilidad que percibe un sujeto con relación a un bien o servicio, mientras que el precio es aquello que demanda el prestador, y que además queda fijado por el mercado. Esto conlleva a que el valor varíe de persona a persona, pues mientras una persona está dispuesta a pagar 10 por un bien, otro en cambio, tan solo ofrecería 5 debido a la utilidad que le ofrecería ese bien. Puede concluirse que el precio es algo objetivo, mientras que el valor es subjetivo. El otro punto de partida sería considerar al valor como uno de los elementos de lo que se entiende por dinero, pero de nuevo se contaminaría la definición por referencia a una categoría específica.

El término valor parece tan solamente referirse a una forma mediante la cual puede almacenarse un activo⁵³ o a la estimación/utilidad del activo. Es más, si se acude a la cuna de la construcción conceptual (EE. UU), se encuentra con una respuesta clarificadora por parte del tesoro estadounidense⁵⁴. Y es que se refieren a las monedas digitales como representación de valor cuyas funciones son: servir de medio de cambio, unidad de cuenta, depósito de valor y que no está emitido ni garantizado por ninguna jurisdicción⁵⁵.

financieros”. Considerando N°8). En el Considerando N°2 se menciona lo relativo al ámbito de las finanzas, de modo que la definición de lo que se entiende por *criptoactivo* resulta ser casi un calco de la contenida en el art.3.2. Una definición que parece que bebe de un sector específico (financiero) no puede tener una pretensión y vocación de universalidad si su propia concepción fue en relación con un espectro concreto (las mismas precisiones se encuentran en las propuestas del Consejo de la UE y del Parlamento). Nos encontramos también ante nuevas propuestas y es que el art.6.3 Anteproyecto de ley, N°120 Ley de Cripto: que hace a la República de Panamá compatible con la economía digital, el blockchain, los criptoactivos y el internet, N°120, 6 de septiembre de 2021 define a los *criptoactivos* como: “*Anotación digital fungible o no fungible en un libro mayor distribuido (distributed ledger), que puede ser un blockchain o no, cuya tenencia puede ser probada utilizando criptografía y cuya transferencia puede realizarse por medio de firmas digitales que hacen uso de criptografía*”. En primer lugar, se contemplan dentro de la definición tanto los *tokens*, como lo que se ha hecho eco últimamente conocidos como *NFTs*. Por el otro lado, el que sea una *blockchain* o no viene a dar el paso a la entrada al término *DLT* (aunque quizás estas normativas pueden servir también como base en el futuro para otro tipo de tecnologías que vayan surgiendo). Como último, respecto a la persona que tenga las claves correspondientes se genera una presunción de titularidad. Mas incorrecta resulta la definición que se recoge en el Proyecto de ley de Perú N°1042/2021, titulado como “Proyecto de ley marco de comercialización de criptoactivos”, de 20 de diciembre de 2021, que define al *criptoactivo* en su art.3.1: “*Criptoactivo: Son activos virtuales con susceptibilidad de ser usados como medio de intercambio de bienes y servicios. No son considerados como moneda de curso legal, ni divisas, ni títulos representativos de moneda de curso legal*. De nuevo constituye un craso error el equiparar el término *criptoactivo* tan solo con una de las modalidades de *criptoactivos/tokens* (en este caso los *utility tokens*). En segundo lugar, el hecho de que se aluda a que como tal no sean monedas de curso legal, constituye una afirmación innecesaria, pues los *utility tokens* carecen de esa cualidad (pues su pretensión es otra).

⁵² P. TOWN, “The important differences between Price and value”, *Forbes*, 2018. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/forbesfinancecouncil/2018/01/04/the-important-differences-between-price-and-value/>. En cuanto al significado que pudiera tener el concepto valor, VAN ERP refiere que: “*Value is something people give to an object and it is irrelevant whether the object is physical or data*”, VAN ERP *op.cit.*, pg.5.

⁵³ *Vid.* Considerando N°4. También es crítico con esta definición ZATTI y sostiene que: “*This definition may be legally useful when considering payment cryptoassets - or as they are also called, ‘virtual currencies’ - to prevent, for instance, money laundering*”. F. ZATTI, “*Entangled in cryptoassets’ legal nature and Governance: Searching for clear boundaries or working for their removal?*”, disponible en SSRN, 2019, pg.3. Resulta útil comparar la definición contenida en la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión con la propuesta en la Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (en adelante, Directiva de blanqueo de capitales) concretamente la modificación del art.3 y el consiguiente añadido del concepto moneda virtual. De este modo se podrá observar que la definición contenida en la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión se aleja de aquello que ha de entenderse por neutro (véase el texto *ut supra*).

⁵⁴ TREASURY, “Frequently asked questions, questions on virtual currency”. Disponible en: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/topic/1626/print>.

⁵⁵ En cuanto a los conceptos, bastaría establecer lo siguiente: 1. Medio de cambio: entendido como la posibilidad de servir como contrapartida para la prestación de servicios o venta de bienes. 2. Reserva de valor: la utilización como forma de ahorro o cobertura ante inflaciones, de forma similar que se hace o hacía con el oro u otros activos (basta recordar que KAPLAN presidente de la FED en Dallas sostuvo recientemente que el *bitcoin* se está convirtiendo en una reserva de valor, pero no medio de cambio (todavía); véase la noticia en: <https://www.coindesk.com/markets/2021/04/16/bitcoin-is-store-of-value-though-not-yet-medium-of-exchange-dallas-feds-kaplan-says/>). 3. Unidad de cuenta: sirve para poder determinar el precio de los bienes y los servicios. También puede resultar útil la consulta de un trabajo del BCE, pues ilustra no solo estos hechos, sino también el

En la propuesta de Reglamento MICA del Consejo de la UE, al respecto del concepto valor, pueden extraerse varias consideraciones. En el primer considerando se dice que: “*La representación del valor incluye el valor externo, no intrínseco, atribuido a un criptoactivo por las partes interesadas o por los participantes del mercado lo que significa que el valor puede ser subjetivo y puede atribuirse solo por el interés de alguien que compra el criptoactivo*”.

En el considerando (8b) se especifica respecto de los *criptoactivos* no fungibles que “*su valor es atribuible a las características únicas del criptoactivo y la utilidad que otorga al titular del token*”. Otro ejemplo que puede resultar útil de cara a manifestar la ambigüedad del término valor es el considerando noveno, en lo que se refiere a los *tokens* referenciados a activos, estos: “*tienen como objetivo mantener un valor estable al referirse a cualquier valor o derecho, o una combinación de ambos, incluidas una o varias monedas oficiales*”⁵⁶. Esto como tal se refiere al precio, pues si se emite un *criptoactivo* llamado “Marte” y el objetivo es dotarle de un valor estable, significa que no fluctuaría su precio. Por ejemplo, que su “valor” (precio) al referenciarse al dólar, se mantenga en un dólar. El concepto valor también puede referirse a objetos que sean susceptibles de una valoración económica, es decir que un sujeto concreto o el mercado pueda identificar el valor (precio) del objeto en cuestión. Incluso el Instituto de Derecho Europeo en sus principios menciona la necesidad de que las partes acuerden determinados mecanismos para las posibles fluctuaciones en el valor del objeto dado en garantía⁵⁷.

Lo anterior ha servido para sacar a relucir la amplitud del concepto valor, pues no solo se refiere en las propuestas de Reglamento a precio, sino también a la propia percepción o utilidad que le atribuye un sujeto a un *criptoactivo*.

Con ello se deduce que la inspiración tiene origen en aquellas monedas que pretenden ser utilizadas o constituir de forma similar “dinero”. Partir de esa base para la definición de un término que pretende tener una vocación de universalidad, sería en todo caso mancillar el concepto.

En cuanto a derechos, parece que se amolda más al objetivo global. Pues cualquier derecho puede representarse, crearse y transmitirse a través de la tecnología⁵⁸; ahora bien, esos tipos de *criptoactivos* (*tokens*) no entrarían dentro del ámbito objetivo de la propuesta⁵⁹. Tampoco se utiliza, ni tan siquiera alude al concepto de posesión, bienes o propiedad, pues se evita con ello adentrarse dentro de unas categorías que adolecen de uniformidad en los ordenamientos jurídicos europeos.

27. No obstante, en relación a la definición citada *ut supra* hay que manifestar la aparición de una novedad de calado. En el recorrido legislativo respecto a las propuestas de Reglamento MICA ya ha aparecido un nuevo texto con numerosas modificaciones. Aunque, todavía queda camino para un texto definitivo, constituye una imperiosa necesidad manifestar algunos de sus puntos. En lo que se refiere a la definición de *criptoactivos*, en la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento se los contempla (art.1.2) como:

“una representación digital de un valor o un derecho que usa criptografía como seguridad y tiene la forma de una moneda o un token o cualquier otro medio digital que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, usando tecnología de registro distribuido o tecnología similar”⁶⁰.

cuándo, el cómo y el para qué se propuso una definición concreta de “*virtual currency*”, *vid.* ECB, “Virtual currency schemes-a further analysis”, 2015.

⁵⁶ Tenga en cuenta que la traducción del inglés al español en el texto ha sido lo más literal y cercana al espíritu de la propuesta de Reglamento del Consejo de la UE. No obstante, se recomienda el cotejo con la versión original.

⁵⁷ ATHANASSIOU *et al.*, *op.cit.*, pg.13. De cara a delimitar el significado del concepto valor, resulta de curioso que en Gibraltar se refieren a el de la siguiente forma: “*includes assets, holdings and other forms of ownership, right or interests, with or without related information, such as agreements or transactions for the transfer of value or its payment, clearing or settlement*”. Financial services (investment and fiduciary services) act. Financial services (distributed ledger technology providers) regulations 2017, arrangement of regulations, N.4401, 12 de octubre de 2017.

⁵⁸ Claro está, siempre que se cumpla con los requisitos normativos de aquello que se pretenda crear o representar.

⁵⁹ Sobre este aspecto concreto se volverá al comparar la definición con la nueva contenida en la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento.

⁶⁰ Debe decirse que nada se ha dicho respecto de la propuesta del Consejo de la UE, pues la definición de *criptoactivo* es la misma que en la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión.

El primer cambio que puede observarse es que en esta nueva propuesta se añade “una representación digital de un valor o un derecho”, con anterioridad se decía “una representación digital de valor o derechos”. Cabe precisar que respecto del concepto valor o derechos, resultan trasladables las matizaciones realizadas *ut supra*, no obstante, lo anterior no desmerece unas nuevas consideraciones. Del considerando (2º) de la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento se extrae que el valor es inherente o se percibe gracias a la tecnología *DLT* u otro tipo de tecnología. El principal problema de este concepto es que no se define, y como tal es un término indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones.

Respecto del vocablo un derecho, merece la pena apuntar que no ha de confundirse con un *utility token*. Puesto que estos últimos no otorgan ningún derecho a un servicio o bien concreto. Es decir, el proyecto puede llegar a fracasar y como tal, convertir al *utility token* en algo vacío puesto que nunca se llegó a ofrecer producto o servicio alguno. No obstante, merece recordarse que del considerando octavo de todas las propuestas de Reglamento se extrae que la intención constituye aportar una definición lo más amplia posible. De este modo, si bien se excluye la aplicación del futuro Reglamento a supuestos en los cuales se representan inmuebles (más correcto hubiera sido representación de derechos sobre inmuebles); véase el considerando 8a de la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento. Mantener la referencia a “un derecho” sería idóneo si se pretende definir que es un *criptoactivo* con una pretensión de globalidad.

El siguiente cambio en la propuesta de Reglamento del Parlamento es: “*usa criptografía como seguridad y tiene la forma de una moneda o un token o cualquier otro medio digital*”. El dilema qué se extrae es, ¿en qué se diferencia una moneda de un *token*?

Antes que nada, bastaría apuntar que en la propuesta de Reglamento del Parlamento, concretamente en el considerando noveno, se habla de tres subcategorías de *criptoactivos*. En el art.3 estas tres subcategorías serán definidas como unos tipos de *tokens* concretos. Lo que debe precisarse es que un *criptoactivo* no puede tener una forma de moneda o *token*, pues al fin y al cabo se trata de información en una base de datos. Quizás, se utiliza el vocablo *token* por cuestiones meramente lingüísticas, pues suena mejor *utility token* que *utility crypto-asset*.

No obstante, lo anterior tampoco despejaría las dudas respecto de moneda. No puede ser un *electronic money token*, pues sería inútil esa mención al definirse en un tipo de *token*. La única posibilidad sería una referencia a lo que puede ser el euro digital, que en realidad sí es dinero o moneda según los parámetros jurídicos que definen al dinero. Respecto de otro medio digital, se trata de un matiz que permitirá adaptarse a nuevas categorías/tencologías que pudieran surgir en un futuro, o quizás una referencia a existentes como los *NFTs*.

28. Con anterioridad también se mencionó la regulación en Malta. En este país no se define como tal el término *criptoactivo*, tan solo se elabora una lista de activos basados en tecnología *DLT*, y con posterioridad se procede a la definición de cada tipología. Es una opción también válida, pues se define tan solo aquello se que regula sin tener que intentar otorgar una definición de alcance global.

En Suiza en cambio se alude a una terminología distinta: *beni crittografici*⁶¹ los cuales se van definiendo en relación con cada normativa concreta del mercado financiero. Nueva opción a la que puede acogerse un legislador prescindiendo de una definición del concepto *criptoactivo*, pero optando por

⁶¹ Ahora bien, en las versiones en alemán (*Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register*, de 25 de septiembre de 2020) se utiliza un concepto totalmente distinto: *kryptobasierte, kryptobasierten, kryptobasierter* cuya traducción al español se acercaría a “basado en *crypto*” (criptografía). Al leerse la versión italiana, parece que se refieren al *criptoactivo* o *token* como bien (esto puede deducirse también de forma extensa del texto que se cita en la Nota N° 37), pero si se compara con la alemana esta idea desaparece. En la versión alemana se suele utilizar activos que se basan en *cripto*, en cambio en la italiana, *beni crittografici* (vid., *Legge federale sull'adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito dal 25 settembre 2020; Ordinanza del Consiglio federale sull'adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito (spiegazioni) dal 18 de giugno dal 2021; Legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre dal 1934*) a secas. Esto nos puede recordar a la situación existente en Lichtenstein en la cual se contempla al *token* como un contenedor o recipiente (“*Der «Token» ist folglich eine Art „Container zur Repräsentation eines Rechts”, Bericht...*, op.cit., pg.59; “*The “token” is therefore a kind of “container” for representing a right*”, *Report and...*, op.cit., pg.54. Aunque quizás, también puede tratarse de una cuestión meramente lingüística, pues en la tradición italiana el término bien ocupa una mayor extensión, mientras que en la alemana goza de una mayor restricción conceptual.

definir cada una de las categorías que entran dentro de la regulación de una norma concreta (y si hiciera falta, definir el tipo de *token* y sus características). Siempre puede utilizarse la coletilla “a los efectos de esta norma, se entenderá...”⁶².

29. A nivel doctrinal se ha propuesto entender a los *criptoactivos* como: “una unidad digital de datos que (ii) no tiene un emisor formal, (iii) se emite y transfiere a través de una cadena pública o permitida mediante tecnología DLT, y (iv) que desempeña rol indispensable en el diseño de incentivos económicos debajo del libro distribuido o la aplicación de tal manera que separar el activo de la red subyacente dañaría el sistema en su conjunto”⁶³.

Esta propuesta se acerca más a aquello que ha de entenderse por *criptoactivo*, pues no se basa en recopilar una serie de funcionalidades o casos de uso para los cuales estos pueden servir. Aunque de nuevo no se entiende la alusión a la falta de un emisor formal o el rol indispensable.

En Francia en el año 2019 también se introdujo una definición respecto a los *tokens*, pero cuyos elementos pueden extrapolarse al concepto *criptoactivo*. Se define que: “A los efectos de este capítulo, constituye un *token* todo bien incorporal, que represente de forma digital, uno o más derechos emitidos, registrados, almacenados o transferidos mediante un dispositivo de registro electrónico que permita identificar, de manera directa o indirecta, al propietario de un bien”⁶⁴.

30. Entonces, la definición que se propone y construye en este trabajo de *criptoactivo* es la siguiente:

- Un bien intangible que puede representar o incorporar derechos, obligaciones, cargas o bienes mediante tecnología DLT⁶⁵.

A) Criptoactivos, ¿bienes?

31. La discusión por parte de la doctrina española acerca del encaje de los *criptoactivos/tokens* dentro de la categoría de bienes ha pasado un tanto desapercibida, pues aunque puedan encontrarse algunas afirmaciones⁶⁶, estas cuentan con poco desarrollo por parte de sus autores.

⁶² Un claro ejemplo de esto puede verse en Suiza o Francia.

⁶³ ALLEN *et al.*, *op.cit.*, pg.13 Además añaden que: “Unlike other digital assets, a cryptoasset is neither a corporeal object nor a right to anything, and is consequently more difficult to accommodate under existing legal frameworks” (algo parecido en la página 15: “Cryptoassets, as defined by CCAF, do not represent any external rights or things, and, consequently, do not constitute a financial asset.”).

⁶⁴ El artículo en su versión francesa establece que: “Au sens du présent chapitre, constitue un jeton tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d’un dispositif d’enregistrement électronique partagé permettant d’identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien”. M.I. BARSAN, “Regulating the crypto world new developments from France”, RTDF 4/2019, disponible en SSRN, pg.12.

⁶⁵ Es interesante, y también acertado que en relación con la *tokenización* de bienes inmuebles algunos autores ya han hecho una crítica del por qué hay que utilizar el término representación y no incorporación, *vid.* J. CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. SIEIRA GIL, “Tokenización de activos”, en M. BARRIO ANDRÉS, *Criptoactivos retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pgs.196-199.

⁶⁶ NASARRE llega a mencionar en su obra los términos “bienes digitales”, “bien mueble digital”, “bienes muebles digitales”. El problema de la solución que ofrece este autor parte de varias aristas contrapuestas. En primer lugar, parece reservar el término bien digital solamente para los *asset-backed token* (que vienen a ser una especie de *tokens* que sirven para representar derechos sobre “activos” físicos). Si bien las otras tres categorías de *tokens* que concibe parecen ser que no son bienes muebles, más al contrario otra cosa distinta. Puede observarse, que el autor tras la mención de los bienes digitales categoriza los demás *tokens* no en relación a su posible esencia (bienes), sino a su funcionalidad concreta dentro del mercado. S. NASARRE AZNAR, “Capítulo II Naturaleza jurídica y régimen civil de los “tokens” en “blockchain”, en R.M. GARCÍA TERUEL, (Coordinadora), C. PÉREZ SOLÀ, E. RIVAS NIETO, H. SIMÓN MORENO, *La tokenización de bienes en blockchain, cuestiones civiles y tributarias*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pgs 65,82, 107. IBÁÑEZ JIMÉNEZ llega a sostener que: “...suelen ser consideradas por gobiernos y reguladores como cosas (res), debido a su individuación y perfecta identificabilidad por sus hashes o identificadores criptográficos...” y con posterioridad en la misma página: “las criptomonedas pueden considerarse desde diversos puntos de vista como res mobilis, como cosa mueble (cf. art. 335 CC ...)”. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *op.cit.*, pg.117, en el mismo trabajo a la hora de referirse a “los demás tokens”, el

En España en su momento algunos autores contemplaron, pero, al *bitcoin* dentro de la categoría de bienes. BURGUEÑO lo define como:

“Un bitcoin es un bien patrimonial inmaterial, documento electrónico, objeto de derecho real, en forma de unidad de cuenta, definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada “Bitcoin”, que permite ser utilizada como contraprestación en transacciones de todo tipo. Dichas unidades de cuenta son irrepetibles, no son susceptibles de copia y no necesitan intermediarios para su uso y disposición”⁶⁷.

A nivel jurisprudencial no contamos con una jurisprudencia (en lo que se refiere al ámbito civil) que trate verdaderamente la naturaleza de los *criptoactivos*. Sí que podemos encontrar un pronunciamiento del TS en la STS 2109/2019, de 20 de junio (sala de lo Penal) respecto del bitcoin, y es que se refieren a él como:

“el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin”.

Ni mucho menos esta definición vincula al orden civil, ni en lo que respecta al *bitcoin*, ni tampoco a los *criptoactivos* como concepto.

32. A lo largo del siguiente subapartado se analizará la figura y concepción del término bienes en nuestra cultura jurídica, así como el posible encaje de los *criptoactivos/tokens* dentro la categoría de bienes.

B) Los bienes en el Derecho español

33. La categoría de los bienes, su definición y su alcance distan de poseer una conceptualización unitaria. Comienza DE PABLO sosteniendo que la doctrina califica como bienes a todos los posibles objetos del derecho subjetivo, más concretamente estas serían todas las realidades sociales sobre las que recae el poder en que todo derecho subjetivo consiste⁶⁸.

autor afirma que: *“sobre el soporte digital (token), concebido como cosa inmaterial”*, *Ibidem*, pg.17. De GÓMEZ GÁLLIGO puede extraerse una mención de carácter indirecto, pues en relación con el *bitcoin* y a la posibilidad de constituir sociedades a través de esta *criptomoneda*, apunta que: *“ya han existido casos de constitución de sociedades en bitcoins, si bien se les ha considerado como aportaciones no dinerarias”*. G. GÓMEZ GÁLLIGO, “El registro de la propiedad y los nuevos desafíos del blockchain”, *Diario la ley*, extracto del libro “La protección del consumidor en la vivienda colaborativa”, edición nº 1, LA LEY,10058/2019, pg.3. LEGERÉN también los encuadra dentro de la categoría de bienes: “bien mueble de carácter digital susceptible de propiedad privada y de valoración económica”; para con posterioridad completar su definición: “bien mueble de carácter digital y divisible, irrepetible y no copiable, susceptible de ser valorado económicamente”. LEGERÉN MOLINA, *op.cit.*, pgs. 208 y 209.

⁶⁷ P. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, “12 cosas que deberías saber antes de usar bitcoin (la ley y el bitcoin)”, 2014. Disponible en: <https://angeldelsoto.com/blogs/noticias/16190463-12-cosas-que-deberias-saber-antes-de-usar-bitcoins-la-ley-y-el-bitcoin>, fecha de consulta 12.12.2021. Mismamente GONZÁLEZ GRANADO califica al *bitcoin* como un bien mueble incorporal, además, concluye que a dicho bien habrá de aplicarse la regulación de la categoría de bienes en todo lo que tenga que ver a relaciones y negocios jurídicos mediante *bitcoin*, J. GONZÁLEZ GRANADO, “Aspectos jurídicos del token” 2017, disponible en: <https://tallerdederechos.com/naturaleza-juridica-del-token/>, fecha de consulta 12.12.2021. con ASENSIO BORELLAS en cambio define el bitcoin: “Objeto de derecho de contenido patrimonial, de transmisión personalísima mediante un sistema abstracto (recordar que en nuestro sistema rige el sistema causalista, el añadido es nuestro) determinado informáticamente y de carácter transnacional”. Aunque no incluye la noción bien, más adelante afirma que se trata de una cosa (sostiene respecto a su definición, que la inclusión de objeto material o inmaterial no tendría ninguna relevancia jurídica; aunque líneas atrás llega a afirmar algo ilógico: “incluso pienso que su existencia sí es material aunque sea por medio de la anotación correspondiente”. V.J. ASENSIO BORELLAS, “El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español”, 2019, disponible en: <https://elderecho.com/bitcoin-una-primer-a-proximacion-juridica-derecho-civil-espanol>, fecha de consulta 12.12.2021.

⁶⁸ DE PABLO *et al.*, *op.cit.*, pg.237.

Según este autor nuestro Código Civil contiene una noción amplia de bienes (concepto este que el art.333 parece equiparar al término cosa), dentro de los cuales se incluyen las cosas corporales y las incorporales⁶⁹.

34. GARCÍA GARCÍA tras una aproximación a las notas que se presencian en los bienes, concluye que: “*Son aquellos entes susceptibles de apropiación, que proporcionan una utilidad y que constituyen entidades autónomas o individualizadas con sustantivización o individualización respecto a sus partes constitutivas y respecto a otros bienes, siendo susceptible en el tráfico, por regla general, de transferibilidad o comerciabilidad*”⁷⁰.

35. ALBALADEJO manifiesta su concepción a través del concepto “cosas”, y termina afirmando que las cosas son uno de los posibles objetos del derecho⁷¹. Define el término cosa de forma que: “*Para el Derecho es cosa toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente*”⁷².

La primera diferencia en cuanto a DE PABLO es que para ALBALADEJO las cosas son uno de los posibles objetos del derecho⁷³ subjetivo, en cambio, para DE PABLO los bienes son todos los posibles objetos del derecho subjetivo. Aunque se deduce de ambos autores una concepción amplia del término bien/cosa, la visión de DE PABLO parece ser aún más vasta pues incluye como bienes las conductas o comportamientos del deudor. Rechaza la inclusión de estas ALBALADEJO, pues se apoya en los arts.1271 y 1272⁷⁴ para sustentar que pese a optarse por una concepción amplia del término cosa, esto no debe traducirse a la inclusión de conductas u otros posibles objetos del derecho, pues constituiría un grave error⁷⁵. Si se añade a GARCÍA GARCÍA a este binomio, las diferencias son todavía más notorias, llegando a afirmar que las cosas corporales no son solamente aquellas que se pueden tocar, sino las que se pueden percibir mediante cualquiera de los sentidos.

⁶⁹ *Ibidem*, pg.237. Según la propuesta de DE PABLO, las cosas incorporales incluyen tanto los derechos de crédito como los reales. Aunque el criterio de este autor tampoco parece ser claro, pues después afirma que: “*Y no son, propiamente cosas (...) pero sí bienes, las energías... y los llamados bienes inmateriales*”, *Ibidem*, pg.238.

⁷⁰ Para este autor las cosas serían una especie de la categoría de bienes. J.M. GARCÍA GARCÍA, “Teoría general de los bienes y las cosas”, *RCDI*, Núm.676, marzo-abril, 2003, versión online disponible en *vlex*.

⁷¹ ALBALADEJO, *op.cit.*, pg.513.

⁷² *Ibidem*, pg.513. O’CALLAGHAN se apoya en esta definición, pero le anota un sentido distinto al de ALBALADEJO, pues se refiere a que cosa es solo el objeto material y que los supuestos de derechos de propiedad intelectual o industrial son objetos materiales porque el derecho les atribuye tal cualidad. X. O’CALLAGHAN, “Lección 21 las cosas y sus clases”, en X. O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil. Tomo 1 (parte general)*, 4ª Ed, Edersa (disponible en formato digital en *vlex*), Madrid, 2004.

⁷³ En un sentido parecido GIL RODRÍGUEZ, pues sostiene que: “*este elemento estructural (objeto) supera en extensión a los otros dos (bienes o cosas) y, en el sentido que hablamos, aquél engloba a éstos [sic]*”. J. GIL RODRÍGUEZ, “Comentario al art.333 del código civil”, en A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código civil comentado volumen 1* (arts. 1 a 608), 2ª Ed, Civitas, Navarra, 2016, versión online en Aranzadi.

Igualmente, O’CALLAGHAN que enumera a las cosas como un posible objeto del derecho. O’CALLAGHAN, “Lección 21.2 el objeto del derecho”, *Compendio de...cit.*

⁷⁴ La misma precisión aparece en el comentario al art.333 del CC por parte de GIL RODRÍGUEZ *et al.*, *op.cit.*

⁷⁵ ALBALADEJO, *op. cit.*, describe esas conductas y objetos en las pp. 443 y 444. La dificultad a la hora de la construcción del concepto bienes/cosas se puede percibir a lo largo de la obra de ALBALADEJO, pues existen una serie de contradicciones terminológicas que pueden inducir a una confusión sobre qué es o no una cosa. *Vid.*, *op.cit.* ALBALADEJO pgs.515, 472 y 440. La solución a este dilema se puede deducir de DE CASTRO, pues a la hora de hablar del patrimonio DIEZ PICAZO y GULLÓN aducen lo siguiente de DE CASTRO: “*Los bienes, dice el mismo autor; importan al Derecho en cuanto son bienes jurídicos patrimoniales o, lo que es lo mismo, en cuanto son objeto de un derecho subjetivo. Son los bienes los que pueden ser dañados y exigirse por ello indemnización*”. L. DIEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistemas de derecho civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11ª Ed, Tecnos, Madrid, 2003, pg.388. Lo anterior, nos lleva a mantener la distinción entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, pues pese a excluirse la posible comercialización de estos últimos, no obstante, cuando resultan ser dañados se genera un derecho a ser indemnizado (es decir, un nuevo bien que se integra en el patrimonio de un determinado sujeto; aunque podamos encontrarnos que uno de los objetos del patrimonio son los derechos en realidad, estos se refieren a bienes). Sobre este punto también contribuye una aportación nítida GARCÍA GARCÍA: “*No obstante, hay bienes que no pueden ser objeto de contratos o negocios y, a pesar de ello, son bienes*”. GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

36. Siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN, para la introducción al concepto de bienes, estos comienzan por una referencia al concepto de patrimonio. De esta forma, aducen que el patrimonio se compone por un conjunto de derechos y de obligaciones, no obstante, sostienen que refiriéndose los derechos a los bienes no existe ningún inconveniente en encuadrar a los bienes como contenido del patrimonio⁷⁶. También se apoyan en una noción amplia del término cosa o bien, de forma que incluyen los derechos dentro de esta categoría⁷⁷.

La falta de sintonía entre autores se sigue presenciando cuando LACRUZ define el concepto de bien como: “*todos los objetos valiosos, materiales e inmateriales*”⁷⁸. GIL RODRÍGUEZ al principio de su comentario comienza sosteniendo que han de entenderse por cosas solamente los objetos corporales (pues el poder jurídico que se deduce del art.333 solo sería capaz de ser soportado por una cosa corporal). En cambio, parece ser que debiera reservarse el término bien inmaterial para ciertas creaciones del espíritu (propiedad intelectual e industrial)⁷⁹.

37. Si tomamos como premisa la utilización del vocablo cosa y bien de forma indistinta, es decir como sinónimo, el establecimiento de una clasificación en la cual una constituya el género y la otra la especie, carecería de sentido alguno, ¿no?

38. CASTILLO PARRILLA se ha ocupado del estudio de la dicotomía de los términos bienes y cosas centrándose en el ordenamiento jurídico español e italiano. A la hora de referirse a los bienes inmateriales (citando a GAMBARO), categoriza a estos como una especie del género cosa, aunque luego afirma que: “*si bien, en este caso, las cosas de que se extraen son igualmente, cosas inmateriales o incorporales*”⁸⁰. Con posterioridad también se reafirma en que ambos códigos utilizan de forma indistinta dichos términos⁸¹. Ahora bien, llegado el momento utiliza esta afirmación (pese a abogar por la utilización como sinónimo de ambos términos): “*... por tanto los bienes materiales serán a las cosas materiales lo mismo que los bienes inmateriales a las cosas inmateriales, pues entre todos existe una relación género/especie*”⁸². El matiz esencial lo encontramos a continuación, y es que: “*...en ambos casos los bienes constituyen una especie del género “cosa”, y que ésta se caracteriza por ser apta para constituirse en objeto sobre el que recaen derechos, es decir, en centro de imputación jurídica*”⁸³. No obstante, si partimos de esta premisa utilizar ambos conceptos como sinónimos sería una impropiedad terminológica. En efecto, dentro del término cosa se englobarían también aquellas cosas que no pueden someterse al poder de una persona por establecerlo así la ley o por imposibilidad propia debido a la naturaleza de la cosa.

Lo correcto (según lo apercibido por CASTILLO) sería invertir la calificación bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, por cosas patrimoniales y extrapatrimoniales⁸⁴.

39. Bastaría recordar las citas y notas en relación con la categoría cosas/bienes y la dificultad de ofrecer una concepción unitaria. Por eso, en este trabajo no se ofrecerá ninguna definición del término cosa o bien, pues en vano sería dicha empresa dadas las abundantes definiciones dispares de la doctrina. No obstante, el objetivo gracias a las ideas o elementos comunes será determinar si los *criptoactivos*

⁷⁶ También concluyen, que desde el punto de vista del contenido del código civil no parece existir diferencia alguna entre el término cosa y bien. DÍEZ PICAZO *et al.*, *Sistemas Volumen I...*, *op.cit.*, pg.395,

⁷⁷ *Ibidem*, pg.396.

⁷⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO, revisado por M^a.A. PARRA LUCÁN, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, Dykinson, Ed 6^a, Madrid, 2008, pg.105.

⁷⁹ Para este autor son cosas solo los objetos materiales y bienes aquellos inmateriales, GIL RODRÍGUEZ. Cita a PAULIANO, quien clasificó la cosa como el género y el bien como una especie; dirección contraria a esto se sostiene en LACRUZ (vid. LACRUZ *et al.*, *op.cit.*, pg.105). En O'CALLAGHAN se parte de una concepción totalmente distinta, pues califica al objeto del derecho como género, al bien como especie y a la cosa como subespecie, O'CALLAGHAN, *op.cit.*

⁸⁰ J.A. CASTILLO PARRILLA, *Bienes digitales, una necesidad europea*, Dykinson, Madrid, 2018, pg.202.

⁸¹ *Ibidem*, pg.204.

⁸² *Ibidem*, pg.206

⁸³ *Ibidem*, pg.207. Interesante es la Nota 236 con cita a PUGLIATTI. Aporta que, serán bienes aquellas cosas que pueden ser objetos de derechos, más no puede ser un bien aquella cosa que no es susceptible de ser objeto de derechos.

⁸⁴ Compárese con la dicho en la Nota 75.

pueden calificarse en puridad como un bien. En el momento en el cual se definió el concepto *criptoactivo* se optó por el término bien, pero entendido este en su concepción más amplia.

Al no consistir el objeto de este trabajo en una exégesis profunda del binomio cosas/bienes⁸⁵, se opta por utilizar de forma indistinta ambos términos de forma que se englobe tanto a las realidades corporales como las incorpales.

C) La categorización de los criptoactivos como bienes

40. Antes de adentrarnos en lo propio del presente subapartado, conviene recordar que la discusión acerca de la categoría de bienes digitales (nótese que en nuestra definición de *criptoactivo* optamos por el adjetivo intangible, en vez de digital) no constituye novedad exclusiva.

41. HIDALGO CEREZO marca como atributo esencial para la existencia de bienes digitales la necesidad de un soporte físico. Con posterioridad define al bien digital como: “*todo aquel contenido que se encuentre codificado en señales binarias, y que por tanto requiere la intervención de una máquina para disfrutar o disponer del mismo*”. Añade también que los bienes digitales para existir precisan de forma física, y que además estos son calificables como bienes muebles⁸⁶.

42. Como se ha visto (y también se verá con posterioridad a la hora de categorizar a los *criptoactivos* como bienes), nuestro código civil no requiere de forma específica la necesidad de un soporte físico para que podamos estar ante un bien en términos jurídicos⁸⁷. De este modo dejaríamos en el vacío a aquellas categorías que sí bien cumplen con los requisitos, amplios (según nuestro código civil y la doctrina) para estar propiamente dicho ante un bien no tuvieren un soporte físico. Es más, si se parte como requisito *sine qua non* la necesidad de soporte físico para estar ante un bien digital, nos llevaría al resultado de confundir el bien con el soporte propiamente dicho. Válgase la redundancia, el autor se apartaría de su propia concepción del término bienes, pues termina afirmando que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por una concepción amplia de los mismos; cita que la mayoría de la doctrina acuerdan la utilización como sinónimos del término bienes y cosas⁸⁸.

Quizás, un sentido coherente pudiera ser el siguiente. Si partimos de la conceptualización de HIDALGO CEREZO, el atributo “digital” tan solo se refiere a una determinada forma de concepción y existencia de los bienes. No obstante, uno de los elementos esenciales según su propio criterio es el de los “bytes”. De esta forma, si bien pudiera ser que el bien en sí sea intangible, según el propio autor en algún caso sería analógico, pues establece una dicotomía entre digital y analógico⁸⁹.

Ahora bien, por lo que respecta al momento en el cual estamos ante un bien “analógico”, nada propone o manifiesta el autor. Bastaría remarcar que el establecimiento entre una diferenciación entre digital o analógico nada cambiaría desde un punto de vista jurídico en cuanto a categorizar a un “bien”. El *quid* de la cuestión se encuentra en la corporalidad (tangibilidad) o falta de corporalidad (intangibilidad)⁹⁰ del bien en cuestión. De modo que, ante bienes corporales la aplicación de la norma-

⁸⁵ Pues dentro del propio código puede encontrarse la utilización indistinta de ambos términos, véase por ejemplo los arts.335, 336 y 346.

⁸⁶ A. HIDALGO CEREZO, *Propiedad y patrimonio en el medio digital*, Aranzadi, Navarra, 2021, pgs.314 y 316.

⁸⁷ Un ejemplo puede resultar clarificador, a la hora de referirse a las energías, Díez PICAZO y GULLÓN concluyen que, estas serán bienes en sentido jurídico cuando el hombre las utiliza y explota mediante determinados procedimientos que descubre o inventa, pues será entonces cuando produzca utilidad para los sujetos. Díez PICAZO *et al.*, *Sistemas Volumen I...*, pg.397.

⁸⁸ HIDALGO CEREZO, *op.cit.*, pg.312.

⁸⁹ *Ibidem*, pgs.318 y 319.

⁹⁰ Se podrá observar que utilizamos de forma indistinta los términos corporales/tangibilidad/materialidad e incorporal/intangibilidad/inmaterialidad. Si acudimos a la RAE, respecto del concepto incorporal encontramos lo siguiente; respecto de inmaterial las acepciones pueden ser más amplias, pues proviene de materia, no obstante, consideramos adecuado fijarnos en el activo inmaterial, cuya definición en el diccionario se establece: “*que carece de entidad física*”; incorporal “**Impalpable, que no se puede tocar**”; intangible: “*Que no debe o no puede tocarse*”. Fecha de consulta 18.01.2022, enlaces: <https://dle.rae.es/intangible?m=form>; <https://dle.rae.es/incorporal?m=form>; <https://dle.rae.es/activo#FpnrXdN>.

tiva relativa a los derechos reales será más sencilla, al contrario, en los casos de los bienes incorporeales se presenciara una mayor dificultad, pues la construcción de los derechos reales se ha hecho a lo largo de los tiempos alrededor de los bienes corporales⁹¹.

43. Bien vistas las anteriores peculiaridades, también podría establecerse lo siguiente a modo de matiz. Podríamos llegar a hablar de bienes intangibles puros, que son aquellos en los cuales no existe o no es posible diferenciar el bien del soporte en cuestión. Trasladado esto a los *criptoactivos*, *bitcoin* sería un bien intangible puro, pues no tiene existencia fuera de la *blockchain* (es decir, no es posible una disociación entre el bien y el soporte). Al contrario, un *token* o *NFT* que represente el derecho de propiedad de su inmueble no sería un bien intangible puro, pues en este caso el *token* o el *NFT* actúa como soporte del derecho de propiedad⁹². También podría darse el caso, de que en realidad estemos ante un bien que actúa como soporte de un bien intangible (pues no debe limitarse esa función de soporte o contenedor tan solo a los bienes tangibles).

En cuanto a los *criptoactivos* como tal constituyen una forma más de información⁹³ digitalizada, pero que cobra valor debido a múltiples factores, entre ellos la tecnología *blockchain*, también aquello que incorpora o representa, así como la propia percepción y necesidad de los seres humanos.

44. El encaje de los *criptoactivos* como bienes desde un punto de vista jurídico requiere cumplir con una serie de elementos que forman parte de los bienes patrimoniales. Entre ellos podemos enumerar los siguientes:

1. **Individualidad, materialidad o inmaterialidad:** dentro de la categoría de bienes se contemplan aquellos que gozan de una corporalidad, pero también determinadas entidades que pese a carecer de un cuerpo sólido, líquido o gaseoso se perciben por los sentidos⁹⁴ o por nuestro intelecto⁹⁵ (o incluso de forma ideal). Se ha afirmado también al respecto de este

⁹¹ Esto no significa que las normas del código civil sean de imposible aplicación para el caso de los bienes intangibles, no obstante, para algunos supuestos se necesitará una normativa que llene la laguna normativa.

⁹² No obstante, esto no nos debe llevar a la confusión de excluir al soporte de la categoría de bien; con un ejemplo se podrá entender mejor. Si un autor escribe un poema sobre dos folios, los folios seguirán siendo un bien, ahora bien, en este caso actúan como soporte de una obra (considerando que se cumplen los requisitos de la ley de propiedad intelectual para hablar en términos jurídicos de una obra, véase el art.10 LPI).

⁹³ Pues tal y como se refiere BAUM a *blockchain*: “*Blockchain is a wider system implying the collation and storage of more (even non-digitalised) information in a decentralised database*”. Hincapié que hace en la información como un pilar elemental de lo que ofrece la tecnología, vid. A. BAUM, “Tokenisation: the future of real estate investment”, *Oxford FoRE*, Oxford, 2020, pg.29, o: “It logs pieces of information” HACKER *et al.*, *op.cit.*, pg.8. En un sentido parecido en el informe de la OECD, vid. OECD “OECD “Regulatory approaches to the tokenization of assets”, *OECD Blockchain Policy Series*, 2021, pgs.16, 2 y 51. Mismas expresiones en ALLEN *et al.*, *op.cit.*; *idem* en SMITH, VORA, BENEDETTI, YOSHIDA Y VOGEL, obra en la cual ponen de relieve el concepto de información utilizado mediante tecnología *blockchain*, el valor y la incidencia en el mercado inmobiliario de este sistema de información, vid. J. SMITH, H. BENEDETTI, M. VORA, K. YOSHIDA, Z. VOGEL, “Tokenized securities & comercial real estate”, disponible en SSRN, 2019. VAN ERP que incluso proporciona una definición de la información: “*information is called “data”, which could be software but also information needed as input for that software, and data that comes out of computer processes*” VAN ERP, *op.cit.*, pg.4. Si retrocedemos conceptualmente, en computación todo es binario (es decir, unos y ceros), en cuanto a estos datos se refiere CASTILLO que pueden ser concebidos como bienes (no se hará aquí una exposición exhaustiva de la postura de este autor, para ello nos remitimos a su obra). En la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión en su art.4 establece que: “*no se considerará que los criptoactivos se ofertan gratuitamente cuando los compradores deban facilitar o comprometerse a facilitar datos personales al emisor a cambio de los criptoactivos...*” Si acudimos a nuestro CC, en sede de compraventa el art.1445 respecto al pago menciona la posibilidad de realizarlo en dinero o en un signo que lo represente. Si esto se traslada al S.XXI debiera de contemplarse a los datos (aunque en este caso, el encaje en la categoría de bien presenta más limitaciones que el de los *criptoactivos*) u otras formas como los *criptoactivos* como “signo que lo represente”. No obstante, se debe realizar una matización al respecto. Y es que, en el caso de no ser el precio de la compraventa en dinero, sino en signo que lo represente, ya no estaríamos ante una compraventa, sino ante una permuta. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Capítulo 16 compraventa y permuta”, en P. DE PABLO CONTRERAS, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, M^a.A. PARRA LUCÁN, en *Curso de Derecho Civil (II) Volumen Contratos y responsabilidad civil*, 4^a Ed, Edisofer, Madrid, 2016, pg.68.

⁹⁴ Pone aquí de ejemplo ALBALADEJO a la electricidad. ALBALADEJO, *op.cit.*, pg.514.

⁹⁵ Se refiere CASTILLO a las cosas incorporeales, CASTILLO, *op.cit.*, pg.215. ALBALADEJO utiliza como simil una obra literaria, refiriéndose a ella como cosa inmaterial. ALBALADEJO, *op.cit.*, pg.514.

proceso que: “una delimitación que les separe o distinga de los demás bienes y les dé, al propio tiempo, unidad para diferenciarlos de sus partes integrantes”⁹⁶.

En cuanto a la individualidad se caracteriza esta por la identificación del bien tanto desde un punto de vista físico como ideal (no debe confundirse esto último con cosa genérica o determinada y específica).

Si analizamos esto desde el punto de vista de los *criptoactivos*, podemos deducir las siguientes peculiaridades. La primera de ellas es que carecen de toda materialidad⁹⁷, sin embargo, pueden ser percibidos mediante la vista (es decir, identificar cuántos hay en un protocolo, el número de *criptoactivos* que pertenecen a una dirección, etc.) e individualizarse. De este modo, en referencia al *bitcoin*, existen 21 millones de unidades, hecho este que ya los identifica⁹⁸. Además, una persona puede reconocer que otro sujeto controla una determinada cantidad de *criptoactivos* a través de la dirección de su cartera⁹⁹; haciendo esto susceptible de que pueda ser objeto de cualesquiera tipos de negocios jurídicos. Con mayor precisión todavía, en el momento de la creación del *bitcoin*, esos 21 millones de unidades de *bitcoins* podían haber sido contempladas como un bien. La peculiaridad vendría con posterioridad, de forma que una vez que un sujeto adquiere una determinada cantidad de *bitcoin* o las recibe debido al minado, de lo que se conceptuaba como un bien al inicio, “surgen otros” por la transmisión u otro acto. El tema quizás puede entenderse mejor si se alude a la unidad mínima de *bitcoin*. La unidad mínima se conoce como un *satoshi* y equivale a 0,00000001 *bitcoins*, en cambio, un *bitcoin* es igual a 100,000,000 *satoshis*.

De modo que en el caso del *bitcoin* no sería incorrecto sostener que hay bien siempre y cuando sea igual o superior a un *satoshi*. La pregunta que puede surgir es ¿cuántos bienes tengo? Si vinculado a una cartera hay cinco *bitcoins*, ¿existen en este caso cinco bienes, un bien o los bienes que salgan de la división de la unidad mínima de *satoshis*? Puede resultar ilustrativa la afirmación de GARCÍA GARCÍA: “Debe diferenciarse el bien de las «partes» que lo componen, y al propio tiempo, esa individualización o sustantivación diferencia al bien de los otros bienes”. La peculiaridad en este supuesto es que se trata de bienes fungibles, con lo cual, los diferentes *bitcoins* o unidades de *satoshis* no serían partes componentes de un bien, sino potencialmente bienes diferenciables mediante unidades mínimas o por el control a los mismos gracias a la utilización de una *wallet* que permite conectar con la *blockchain*. Lo apreciable en el caso, es que sucede lo mismo que con el dinero, si se juntan los *bitcoins* de tres personas vinculadas a tres personas, a la hora de romper este vínculo cada uno recibirá la cantidad que aportó, pero no existirá diferencia alguna, pues su carácter fungible no les otorga un atributo diferenciador, de la misma forma que ocurre en realidad con el dinero¹⁰⁰.

⁹⁶ GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

⁹⁷ Cita CASTILLO que, pese a que se utiliza en realidad de forma indistinta los términos materialidad y corporalidad, estos como tal no vendrían a significar lo mismo. Primero que nada sostiene que algo corpóreo está dotado de consistencia y de cuerpo. Para diferenciarlo con la materialidad se basa en el ejemplo de la electricidad, en este caso la electricidad es un bien material al poder percibirse a través de los sentidos, pero incorpóreo al no estar dotado de consistencia. No obstante, en ese trabajo se utilizarán como sinónimo ambos conceptos. CASTILLO, *op.cit.*, pg.227.

⁹⁸ Respecto de este proceso CASTILLO manifiesta que es necesario que: pueda aislarse de la unidad compleja del universo, de tal manera que pueda delimitarse su propia esfera jurídica, diferenciándola de las demás (autonomía). Además, refiere que este hecho cobra gran importancia en los bienes incorpóreos. *Ibidem*, pg.217. En cuanto a la individualidad en LACRUZ se aporta que: “es cosa en sentido jurídico cuando tiene individualidad propia según la apreciación común, y mientras la conserve”. LACRUZ *et al.*, pg.106. Aunque cambia la forma de expresión, como tal vemos que la esencia sigue siendo la misma.

⁹⁹ Podría asimilarse esto al proceso de envasado que se menciona por ejemplo en la Directiva 2011/83 de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE-L-2011-82312*, concretamente el art.2.3, aunque en nuestro caso esa suerte de “envasado” no predique una tangibilidad, pero sí la individualización (concepto este que no requiere un método concreto en nuestro ordenamiento jurídico) del *criptoactivo* en cuestión. Aunque, quizás el ejemplo resulte excesivo, pues lo contenido en la Directiva tiene su razón de ser por la disparidad cultural europea acerca de lo que se ha de entender por bien o cosa.

¹⁰⁰ En verdad, tampoco resultaría descabellado trasladar el concepto de unidad mínima de medida al mundo real. Dicho esto, la unidad mínima del dinero en España sería un céntimo, pues no se contempla una moneda más pequeña. Cosa distinta

Siguiendo la interpretación más literal al proceso individualizador parece ser que lo correcto según se extrae, es que siempre hay que dividir por la unidad mínima de *satoshis* y del resultado equivalente se extraerá el número de bienes. Puesto que si bien, los *bitcoins* o cualquier otro *criptoactivo* siempre permanecerán en la *blockchain*, en el momento en el cual quedan sujetos al control de algunos grupos o personas ya no podría hablarse de un bien único, sino que se produciría una división del bien concreto¹⁰¹.

Las cosas resultan más sencillas en los casos de los *NFTs*, puesto que, dado su carácter no fungible, se elimina el proceso de división y de unidad mínima. De modo que un *NFT* será siempre un bien; que también como en casos anteriores puede constituirse como el bien propiamente dicho o como soporte de otro bien.

2. **Impersonalidad:** denota una característica que sirve para diferenciar el objeto del derecho del sujeto. Esto se plasma en una contraposición, pues no será bien aquello que es persona ni los miembros de su cuerpo¹⁰². La persona en realidad es quien ejerce sobre los bienes un conjunto amplio de facultades, que como tal se caracterizan por su dinamismo según la propia naturaleza y composición del bien.
3. **Susceptibilidad de apropiación:** debemos entenderlo en el sentido amplio, de forma que se encuentra sometida al poder de una persona o es susceptible de quedar sometida a la voluntad de cualquier persona en virtud cualquier derecho. También esta afirmación consistiría en el hecho de poder ser dominado, influido, aprovechado o usado por la persona conforme a la propia naturaleza del bien¹⁰³. Parece ser que se caracteriza esta cualidad por ser un atributo esencial, en cuanto se colige como la aptitud de ser integrada en el patrimonio de una persona¹⁰⁴. Para GARCÍA GARCÍA el concepto de “apropiación” se relaciona de forma directa con el poder de voluntad que emana del derecho subjetivo. De este modo, pone de ejemplo que sería apropiable la energía solar, más no el sol. Como paradigma de cosa futura equivalente a “pueden ser”, recalca el ejemplo de los pisos en construcción¹⁰⁵.

En relación con los *criptoactivos* es claro que una vez que el usuario los adquiere a través de su *wallet*, este podrá utilizar los *criptoactivos* de forma que quiera o lo permita el protocolo en cuestión. Igualmente, la posibilidad de apropiación se da tanto desde el punto de vista presente, pues pueden ser adquiridos mediante distintos negocios jurídicos, o de un modo futurible, un proyecto que lanzará su *criptoactivo* para una determinada fecha.

se apreciaría en el mundo digital respecto del dinero, pues aquí la división va más allá del céntimo, de forma que mediante un pago con tarjeta u otro tipo de dinero electrónico, precisar la unidad mínima de media resultaría más difícil. Si se tomase como premisa válida esta afirmación, el hecho de que un usuario controle diez *bitcoins* mediante su cartera, no significaría que estos sean parte integrante de un bien. A diferencia de una baraja de cartas de la cual se extrae una carta, la carta que se extrae no sería un bien porque al extraerse o aislarse pierde su utilidad. Añade GARCÍA GARCÍA que la conjunción que se produzca deberá ser en todo caso permanente y no transitoria. *Vid.* GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

¹⁰¹ Un ejemplo puede servir al caso. Un árbol de una finca con manzanos, en el momento en el cual se separa una o más manzanas del árbol y quedan en poder de una persona ya podría concebirse a la manzana como un bien independiente de la finca.

¹⁰² GIL RODRÍGUEZ *et al.*, *op.cit.*

¹⁰³ Sobre esta cuestión, nos encontramos en Díez PICAZO y GULLÓN con que, para que el bien o objeto pueda ser un objeto de derechos, este ha de poder ser objeto de apropiación (traducción de este último concepto de forma que el bien o cosa pueda estar sometida al señorío de un hombre, así como de ser susceptible de producirle alguna utilidad y tener un valor económico). El concepto de valor económico nos invita nuevamente a acudir a la categoría bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, de forma que al no cumplir estos con los atributos anteriormente citados (*v.gr* no son susceptibles de valoración) quedarían fuera del concepto de bienes. Ahora bien, esto no significa que la referencia a ellos como bienes extrapatrimoniales sea incorrecta y no nos siga siendo útil, pues estos mismos se caracterizan por no cumplir unos presupuestos concretos, que son los fijados en el art.333 del CC. Se colige también de los autores un matiz importante, y es que cuando un derecho de personalidad resulta lesionado, la obligación de resarcimiento del daño no nace de que estos derechos tengan un “valor *per se* económico”, sino como forma de compensación del daño. Díez PICAZO, *et al.*, *Sistemas Volumen I...*, *op.cit.*, pgs 395 y 396. GARCÍA GARCÍA mantiene que el requisito de comerciabilidad no es una cualidad esencial para hablar propiamente de bienes, pues de la categoría forman parte aquellos que son o pueden ser objeto de comercio y los que no contienen esa cualidad (para él, estos últimos pueden ser objeto de derechos, pero no de contratos ni de negocios). GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

¹⁰⁴ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, “Comentario al artículo 333 del código civil”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al código civil*, 5ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2021, pg.546.

¹⁰⁵ GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

4. **Valor económico o utilidad:** se percibe en este caso que el valor económico no ha de significar como tal una valoración monetaria. Basta con que satisfaga alguna necesidad al ser humano¹⁰⁶. GARCÍA GARCÍA enfatiza que esa utilidad puede ser espiritual, trayendo como ejemplo el de una carta de familia, no obstante, matiza que el bien ha de ser susceptible de generar una indemnización económica¹⁰⁷.

Si esto se traslada a aquello que es objeto de este trabajo, en la práctica se traduce como cualesquiera utilidades que le permita el protocolo en cuestión, pues el criptoactivo podrá servir como *utility*, *security*, *e-money* etc. Otro argumento que puede aportarse es el caso de algún *NFT*, pues si bien pueden no servir para utilizar en ningún protocolo, el valor sentimental o económico del coste de adquisición es patente.

45. Como acabamos de ver el encaje de los *criptoactivos* dentro de la categoría de bienes en el ordenamiento jurídico español no supone serias dificultades, al contrario de lo que sucede en otros países. Ahora bien, debemos de tener en cuenta que, en ciertos aspectos las normativas que regulan los bienes corporales no les serán de aplicación a los bienes incorporales. Para delimitar qué aspectos quedan fuera en estos casos, será necesario la comparación del bien inmaterial concreto¹⁰⁸ con la categoría de derechos reales.

3. Tokens

49. Llegado este momento, una vez que se ha definido el concepto *criptoactivo*, es legítima la pregunta ¿y para qué el término *tokens*? Se trata de un vocablo conocido, utilizado en textos legales y trabajos académicos, mas no siempre se encuentra uno con la necesaria claridad dentro del abanico conceptual de las *criptomonedas*.

Pero, antes de aportar una serie de definiciones, quizás sería más conveniente hablar del origen del concepto. En el comienzo de la tecnología *blockchain* pronto se hizo referencia al *bitcoin* y a sus sucesores bajo el pseudónimo *criptomonedas*. En realidad, ya mencionamos que como tal técnicamente los *criptoactivos* son información. NAKAMOTO en ningún momento mencionó el término *cryptocurrency*, más bien a lo largo de su *paper* el vocablo utilizado es “*electronic cash*”. No obstante, entre los seguidores surgió el término *cryptocurrency*, pues resumía de una forma clara la pretensión y uno de los pilares de la tecnología¹⁰⁹.

Con el tiempo, también se le dio entrada al término *token*. Ahora bien, la única diferencia entre el término aborigen y su posterior “homólogo”, en realidad se basa tan solo en un factor tecnológico. El matiz se encuentra en que el *token* no tiene una *blockchain* propia, sino que se sirve de una existente¹¹⁰. Mediante varios ejemplos esto se podrá entender mejor. Primero, *bitcoin* se sostiene sobre una *blockchain* propia y por eso se utiliza el término “*cryptocurrency*”¹¹¹. Al contrario, existen determinados proyectos que aprovechan la tecnología de otra *blockchain* para desarrollar su proyecto. Esto se podría hacer mediante un *smartcontract*, es decir, el proyecto que use esa funcionalidad (por ejemplo, un *smartcontract* apoyándose en la *blockchain* de Solana, Ethereum, Cardano o Binance) y decida poner a la venta sus *criptoactivos*, en realidad por ese matiz tecnológico serían *tokens* al no contar con una *blockchain* propia.

¹⁰⁶ CASTILLO, *op.cit.*, pg. 217.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, *op.cit.*

¹⁰⁸ DE PABLO CONTRERAS *et al.*, *Curso de derecho civil (I)*..., *op.cit.*, pg.238.

¹⁰⁹ En principio, el símil con las monedas nacionales se presencia (no estamos hablando en términos jurídicos), pues podría tomarse el ejemplo de que un *bitcoin* en realidad sea un dólar (es decir, las monedas [información] son la excusa perfecta para el desarrollo del objetivo).

¹¹⁰ M. CAVICCHIOLI, “The difference between Token and Cryptocurrency”, 2018. Disponible en <https://medium.com/@marcocavicchioli/the-difference-between-token-and-cryptocurrency-9dca9126fbda> (consulta a 29.12.2021). Si nos basamos en los términos costumbristas, la siguiente afirmación de LEGERÉN sería incorrecta: “*Dentro de los tokens, los más conocidos son las criptomonedas y las appcoins*”. LEGERÉN, *op.cit.*, Nota N°4, pg 180.

¹¹¹ Esto no quiere decir que la función de esa criptomoneda en realidad sea servir como “medio de pago”. De nuevo, se trata más de un término cultural y no explicativo del verdadero uso o usos de la plataforma en cuestión.

50. Si a nivel europeo nos centramos en las propuestas de reglamento MICA, vemos que se comienza definiendo *criptoactivo*, pero después se propone una clasificación en cuanto a tipos de *tokens*¹¹². Nada hubiera cambiado la sustitución del término *token* por *criptoactivo* o al revés. Es decir, definir de forma genérica aquello que debería entenderse por un *token*, y después de forma específica los tipos de *tokens* más conocidos (o aquellos que fueran objeto de regulación en la norma).

Quizás, hubiera sido conveniente mantener el vocablo *token* en vez de *criptoactivo* pues es más neutro, y además tampoco contiene una referencia a una forma de tecnología concreta. Esta es la opción por la cual optó Liechtenstein tal y como se cita en la nota número 37. No obstante, debe observarse a que el término *criptoactivo* resulta más atractivo desde el punto de vista del marketing.

A) Concepto

51. IBÁÑEZ JIMÉNEZ se refiere a ellos como: “*el token constituye una unidad de cuenta o de valor reconocida por una comunidad de usuarios*”¹¹³. Peca esta definición de ser incompleta, pues su referencia sigue siendo *bitcoin* y las primeras definiciones que surgieron de los *criptoactivos*.

52. En Panamá en el Anteproyecto de ley nº101, ya citado con anterioridad, se los define en su art.2.3: “*Son activos intangibles que se pueden usar dentro del ecosistema de un proyecto determinado, La principal distinción entre tokens y criptomonedas es que las primeras requieren otra plataforma Blockchain (no propia) para funcionar, Estos se denominan “tokens de utilidad”*”.

La incorrección se presencia nuevamente, pero en este caso la referencia se hace a los llamados *utility tokens*. Con lo cual, dista de ser una definición completa. Es por todo lo anterior, que no tendría ningún sentido definir el concepto *token*, pues sería el equivalente de *criptoactivo*, salvo si se quisiera añadir el matiz de la *blockchain* usada respecto de las *criptomonedas*.

B) Tipos de tokens

53. Es conocida por todos los juristas dedicados al estudio de los *criptoactivos* la unánime triple clasificación de los *tokens*, englobándose entre ellos los *utility tokens*, los *security* y los *e-monney o payment tokens*.

Ahora bien, en la propuesta de reglamento MICA de la Comisión se excluye¹¹⁴ la regulación de los *security tokens* que entran bajo el paraguas del mercado financiero (servicios financieros), en el propio considerando octavo se dice: “*los «criptoactivos» y la «tecnología de registro descentralizado» deben definirse de la manera más amplia posible, a fin de abarcar todos los tipos de criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros*”.

¹¹² Téngase en cuenta lo dicho respecto de los *tokens* en la comparación realizada del concepto *criptoactivo* entre la propuesta de Reglamento MICA y la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento.

¹¹³ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *op.cit.*, pg.118 (también alude luego al término incorporar). Tampoco acierta SERRA RODRÍGUEZ: “*tokens, esto es, un derecho incorporado* (aunque antes de la definición menciona “*un activo representado mediante tokens*”) a un documento digital o informático, a modo de un título valor”, A. SERRA RODRÍGUEZ, “Los Smart contracts en el derecho contractual”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* num.56/2021, pg.11. La incorporación como tal es solo una posibilidad, además el concepto de título valor, tampoco resulta adecuado, pues acotaría la definición a una realidad de uso muy concreta. RUIZ-GALLARDÓN en cambio los define como: “*un instrumento digital que sirve de representación de un activo, material o inmaterial*” M. RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, “Fe pública y “tokenización” de activos en blockchain”, *Diario la Ley*, extraído del libro “Criptoderecho”. La regulación de blockchain”, edición nº 1, 13768/2018., pg.23. En esta definición echamos en falta una mayor concreción, pues más que de un instrumento en nuestra cultura jurídica podría hablarse de un bien; también que no solo sirve como método de representación (sino que también de incorporación); igualmente no solo se ha de circunscribir al activo, sino que también el pasivo es una opción para que quede representado/incorporado. GONZÁLEZ-MENESES aporta una definición de carácter más técnico (dejando a un lado el carácter jurídico, algo que hubiera sido idóneo incluir): “... *información digitalizada*” GONZÁLEZ-MENESES, *op.cit.*, pg.6.

¹¹⁴ Para completar los casos de exclusión, también puede resultar útil la lectura de los considerandos 2a, 6, 8a, 8b y 9 de la propuesta de Reglamento del Parlamento; también el art.4.

Es algo lógico pues el mercado de valores cuenta con una amplia regulación en cuanto a deberes de información, formas de emisión y transmisión entre otras cosas. Hecha esta matización, convendría aclarar que la tripartición categórica no constituye una clasificación cerrada. Al contrario, pretende exteriorizar aquellos usos más clásicos hasta el momento. No obstante, para introducir una distinción que rompería con la categoría (salvo que también constituya uno de los usos de esa triple categoría), podría ponerse como ejemplo los *stablecoins* y los *asset-backed tokens*¹¹⁵ o *asset-referenced tokens* que se regula este último junto con los *utility tokens* y *e-money* en la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión.

54. Hecha la introducción y los pequeños matices, a continuación se definirán cada una de las tres categorías:

- a) **Payment tokens:** El objetivo de estos es servir como medio de “pago”¹¹⁶, unidad de cuenta y reserva de valor. El ejemplo más claro de todos es el *bitcoin*. No obstante, desde el punto de vista de la legalidad el *bitcoin* no cumple con los requisitos de dinero electrónico.

Antes que nada, tanto en la Directiva 2009/110 de 16 de septiembre¹¹⁷, como en la Ley 21/2011 de 26 de julio se hace mención a unas entidades de dinero electrónico concretas, cosa que en el caso del *bitcoin* no se da.

En segundo lugar, el art.2.2 de la Directiva define el dinero electrónico: “«dinero electrónico»: *todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico;*”

De primeras puede observarse la alusión a un crédito contra un emisor¹¹⁸. Ahora bien, en el caso de los *criptoactivos* esto no se da. Este hecho ha sido puesto de manifiesto en la propuesta de reglamento MICA de la Comisión en el considerando décimo. Ahora bien, la propia propuesta parece eliminar este detalle, pues exige que (considerando 10; también se alude a lo mismo en el 45): “*los emisores de las fichas de dinero electrónico deben asimismo reconocer a sus usuarios el derecho al reembolso de las fichas en todo momento y a la par con la moneda a la que estén referenciadas*”.

Eliminada esta diferencia se establece en el art.2.2.b (MICA Comisión): “*No obstante, el presente Reglamento no se aplicará a los criptoactivos que se consideren: b) dinero electrónico, de acuerdo con la definición del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2009/110/CE, excepto cuando se consideren fichas de dinero electrónico en virtud del presente Reglamento;*”.

¹¹⁵ Al primero de ellos se le conoce como aquel *token* que pretende mantener un valor estable. Varios pueden ser los ejemplos, *tokens* referenciados a una moneda (v.gr el dólar) o a un *commodity*, por ejemplo el oro. En cuanto a los segundos se ha puesto de manifiesto que son aquellos *tokens* que representan un activo de la vida real (físico).

¹¹⁶ Sí que ha habido un pronunciamiento del TJUE (CJEU, *judgment in Hedqvist*, C-264/14, EU:C:2015:718) en relación con el *bitcoin* refiriéndose como “*contractual means of payment*”, no obstante esta interpretación se hizo en relación al IVA. HACKER *et al.*, *op.cit.*, pg.30. Para poder seguir la evolución respecto de lo que se entiende qué son estos tipos de *tokens*, resulta útil comparar el trabajo del BCE sobre “*virtual currency schemes*” del año 2012 con el del 2015. En el primer informe se dijo “*a virtual currency is a type of unregulated, digital money...*”. ECB, “*Virtual currency schemes*”, 2012, pg.14. En el segundo esta idea desapareció pues se concretó de manera expresa que no es dinero. ECB, “*Virtual currency schemes-a further analysis*”, 2015, pg.26.

¹¹⁷ Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE DOUE-L 267. Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, «BOE» núm. 179, de 27 de julio de 2011.

¹¹⁸ En la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión se define considerando 10) como: “*el derecho contractual a obtener en todo momento el reembolso del dinero electrónico en una moneda fiat de curso legal y a la par con dicha moneda*”. Sobre el dinero electrónico en la página del Banco de España nos encontramos con que: “*Su funcionamiento consiste en almacenar dinero que está físicamente en billetes y monedas, en una cuenta corriente o en una tarjeta de crédito, en cualquier soporte electrónico como puede ser una tarjeta física, una tarjeta virtual, un teléfono, un ordenador o cualquier otro dispositivo cuya memoria permita hacerlo, que luego puedes utilizar para realizar pagos con el límite del importe que haya cargado*”. Disponible en: <https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizantal/productoservici/relacionados/entidades/guia-textual/tiposentidadesso/Entidades-de-dinero-electronico.html>.

Si se suma lo sostenido en el considerando 44 pareciera que no hubiera diferencia alguna con la Directiva, salvo que en este caso se regula una tecnología concreta: “*Los emisores de fichas de dinero electrónico han de estar autorizados, bien como una entidad de crédito, en virtud de la Directiva 2013/36/UE, bien como una entidad de dinero electrónico, en virtud de la Directiva 2009/110/CE, y cumplir los requisitos operativos pertinentes de esta última Directiva, salvo que se especifique otra cosa en el presente Reglamento*”.

Ahora bien, si se compara con definición del art.3.1.4 en MICA (Comisión) y el art.2.2 de la Directiva, la diferencia se encontraría en los pequeños detalles. En MICA (Comisión) se alude a ser usado como medio de intercambio, al contrario, en la Directiva aparece el concepto operaciones de pago¹¹⁹. No obstante, esta pequeña diferencia se rompe si se acude a lo dispuesto en el considerando 66: “*Las fichas significativas referenciadas a activos*¹²⁰ *pueden usarse como medio de intercambio y para efectuar grandes volúmenes de operaciones de pago con carácter transfronterizo*”. Otra referencia respecto a la relación entre la Directiva y MICA (Comisión) se concibe de nuevo en el considerando 10: “*A fin de evitar la elusión de las normas establecidas en la Directiva 2009/110/CE, la definición de «fichas de dinero electrónico» debe ser lo más amplia posible para abarcar todos los tipos de criptoactivos que estén referenciados a una única moneda fiat de curso legal*”.

Será en el capítulo I de MICA donde se establezca qué requisitos han de cumplirse en virtud de la Directiva y cuáles tienen una especificidad propia en la propuesta de Reglamento.

El problema en MICA (Comisión) radica en que una emisión de una *criptomoneda* como el *bitcoin* no entraría dentro de su regulación. Y esto se deduce de manera clara del art.3.1.4: “*«Ficha de dinero electrónico»: un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal*”.

El matiz se encuentra en el objetivo de mantener un valor estable, como tal cumplir con este requisito para un *criptoactivo* como el *bitcoin* sería imposible, pues no se referencia a ninguna moneda *fiat*. Esto merece plantear una pregunta ¿cómo debería emitirse una moneda como el *bitcoin*? No entraría dentro de la regulación MICA (Comisión), pero tampoco dentro del mercado de valores¹²¹.

Respecto de las diferencias con las otras propuestas, hay que decir lo siguiente. En la propuesta de Reglamento del Consejo de la UE, se elimina la noción medio de cambio, tan solo haciéndose mención a mantener un valor estable referenciando al *token* a la moneda de un país.

Los cambios y las diferencias son más notorias si se compara la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión con la propuesta de Reglamento MICA del Parlamento. Lo primero que debe traerse a colación es que en la propuesta de Reglamento MICA de la Comisión (en su versión inglesa) se utiliza el concepto “*means of exchange*”, en cambio, en la del Parlamento “*means of payment*”¹²². Al respecto cabe recordar la mención efectuada en la nota 114 en la cual se cita una STJUE que se refería al *bitcoin* como medio de pago. También, en la Directiva de Blanqueo de capitales en el considerando 10 se menciona que frecuentemente las monedas virtuales actúan como medio de pago (aunque sus usos pueden ser otros). Igual-

¹¹⁹ Que se define en el art.4.5 de 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, DOUE 337: “*«operación de pago»: una acción, iniciada por el ordenante o por cuenta de este, o por el beneficiario, consistente en ingresar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre el ordenante y el beneficiario;*”.

¹²⁰ El problema radica en que se refiere a *tokens* referenciados a activos (art.3.3: “*un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable (stablecoin; añadido nuestro), se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos.*”), y no fichas de dinero electrónico, pero vista la definición y finalidad de las fichas de dinero electrónico, nada impediría trasladar este considerando a dichos *tokens*.

¹²¹ Esto se entenderá mejor a continuación al tratar los cuando hagamos alusión al test de *Howey* en relación con los *securty tokens*.

¹²² En todas las versiones la definición se encuentra en el art.3.1.4.

mente resulta ilustrativo el Comunicado de 9 de febrero de 2021 de la CNMV¹²³, pues en el mismo se dice que las “criptomonedas” no tienen la consideración de medio de pago desde un punto de vista legal.

No obstante, debe precisarse que pese a una posible incorrección técnica (utilizar el término medio de pago), lo anterior se puede salvar por los siguientes motivos. Lo que se pretende con los *e-money tokens* en MICA es que mantengan un valor (precio) estable. Para ello se los referencia a una moneda de curso legal, por ejemplo, el euro. Entonces, no sería incorrecto sostener que son un medio de pago, pues, al fin y al cabo son una mera representación digital de una moneda de un determinado país, o en este supuesto del euro que se utiliza en varios países de la UE.

Por último, si bien en la propuesta de Reglamento de la Comisión se equipara a los *tokens e-money* al dinero electrónico definido en la Directiva 2009/110, con las salvedades expuestas en la propuesta de Reglamento de la Comisión, en la propuesta de Reglamento del Parlamento se añade un hecho notorio. En la definición de *e-money*, cuando estos estén referenciados a una moneda de la Unión se considerarán que son dinero electrónico según la definición del art.2.2 de la Directiva 2009/110.

- b) **Security tokens**¹²⁴: Se caracterizan por ser aquellos *tokens* que entran dentro de la regulación de la legislación del mercado de valores¹²⁵. Es interesante además acudir a la definición del término valores negociables que aparece en la Ley del mercado de valores, de tal forma que los define: “entendiendo como tales cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero, incluyendo las siguientes categorías de valores, con excepción de los instrumentos de pago”¹²⁶. En la doctrina estadounidense constituye un pilar esencial el llamado test de *Howey*, entonces a la hora de analizar si estamos ante una inversión, cuatro son los requisitos que se han de dar: 1. Una inversión de dinero. 2. En una empresa. 3. Expectativa de obtener un beneficio. 4. Mediante el esfuerzo de otras personas.¹²⁷ Como se dijo al inicio de este apartado dentro de las propuestas de Reglamento MICA no se contempla regulación alguna para los servicios financieros, no obstante en el marco de la propuesta se muestran algunas referencias interesantes. Se expone en relación con los instrumentos financieros (aquellos que se regulan vía MIFID II), que el marco regulador actual no se diseñó teniendo en cuenta este tipo de tecnologías y que, como tal podría ocasionar una diversidad de criterios¹²⁸ en cuanto a la aplicación de la normativa financiera y por ende provocar una fragmentación del mercado.

¹²³ Disponible en: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7Be14ce903-5161-4316-a480-eb1916b85084%7D>. Véase también ECB, “Virtual currency schemes-a further analysis”, 2015, pg.24.

¹²⁴ No obstante, hay que puntualizar que algunos autores distinguen entre *security token* y *tokenized security*. El primero de ellos acotaría el concepto a aquellos valores cuya existencia tan solo se presencia dentro de la *blockchain* (haciendo un símil los autores con “*bearer asset*”). Respecto a los segundos, se pone como referencia el ejemplo de una acción, pues ya tiene existencia fuera de la *blockchain*, y se utiliza la tecnología para su representación (se habla de una suerte de “*depository receipt*”). SMITH *et al.*, *op.cit.*, pg.10.

¹²⁵ En cuanto a la CNMV nos podemos encontrar con sendos comunicados en relación con los *criptoactivos*. Entre ellos: los de 13 de noviembre de 2017; 14 de noviembre de 2017; 8 de febrero de 2018; 20 de septiembre de 2018; 26 de marzo de 2019 (se adjuntan los enlaces a los comunicados en bibliografía).

¹²⁶ Un ejemplo que podría servir, son las acciones. En cuanto a los posibles requisitos de los valores, véase, RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, *op.cit.*, pgs. 7 y 8.

¹²⁷ TROTZ cita la propia definición según la doctrina de la Corte Suprema de los EE. UU, siendo esta: “*the Supreme Court defined an “investment contract” as a scheme involving an investment of money in a common enterprise with the expectation of profits to be derived solely or primarily from the efforts of others*”. E.D. TROTZ, “The times are changin: surveying how the *Howey* test applies to various cryptocurrencies”, *The Elon Law Journal*, Vol 11,2019, pg.207.

¹²⁸ Aunque esto también lo repiten para los supuestos en los cuales los *criptoactivos* no constituyen instrumentos financieros. Recuerdan, que la divergencia ya se está produciendo, *v.gr* Francia y Malta en cuanto a normativa, y que el futuro reglamento viene a sustituir la realidad actual. *Vid.* Propuesta MICA de la Comisión, pg.162.

- c) **Utility tokens:** Dentro de MICA (Comisión) se definen en el art.3.5 de la siguiente manera: “*un tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante TRD, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión*”¹²⁹.

En lo que se refiere a estos tipos de *tokens*, se debe recalcar que a diferencia de los otros dos que contempla MICA, no es necesario la aprobación del *whitepaper* (libro blanco) por parte de las autoridades competentes, tan solo basta con su mera notificación.

Respecto de los *utility tokens*, la propuesta de modificación del Reglamento MICA del Parlamento introduce un matiz de una trascendencia notoria. Este matiz se encuentra en el considerando noveno, y debido a su propia importancia, se prefiere reproducir su contenido en la versión original. Y es que se dice: “*Such ‘utility tokens’ have non-financial purposes related to the operation of a digital platform and digital services and should be considered as a specific type of crypto-assets and their issuers should be exempt from the application of this Regulation unless offered for investment purposes*”.

Este considerando plantea un problema que no se contemplaba en las anteriores propuestas. La duda que surge es si para quedar sujetos a esta regulación han de ser ofrecidos con un propósito de inversión, ¿en realidad no sería un *security token*? Es decir, un token que se excluye del ámbito de aplicación del futuro Reglamento (art.1.2). Se pudiera salvar diciendo que se trata de un *token* híbrido, no obstante, tampoco hay ninguna pauta para llegar a esta conclusión, más allá de que se tenga que ofrecer con un propósito de inversión. También debe recalcar que a lo largo del título II relativo a los *utility tokens* nada se dice respecto de lo recogido en el considerando. En todo caso, de cara a la confección de un texto final convendría eliminar o al menos aclarar el contenido de este considerando.

IV. La situación en el Derecho comparado

55. Fuera de España se ha llegado a plantear con una mayor intensidad la posibilidad o dificultad de encajar en ciertos ordenamientos jurídicos a los *criptoactivos/tokens* como un objeto de derechos de propiedad¹³⁰ o bienes.

56. A continuación, se elaborará una lista de países o estados con el fin de ilustrar la situación en el Derecho comparado. Para ello se optará por una opción dual. Es decir, en el primer supuesto estarán los países o estados en los cuales se puede contemplar a los *criptoactivos* como bienes o susceptibles de ser propiedad. En cambio, el segundo escenario estará representado por aquellos países o estados en los que no se consideran a los *criptoactivos* como bienes o propiedad.

57. El primer supuesto lo componen los siguientes países:

- **Wyoming:** Al estado de Wyoming se le considera como pionero o *cryptofriendly*, pues en su día decidió optar por una regulación para dar estabilidad y atraer proyectos de tecnología *blockchain*. Han establecido en relación con los criptoactivos que estos son: “*All qualify as intangible personal property*”¹³¹.
- **Argentina:** En Argentina algunos autores también han reflexionado acerca de la posibilidad de que el *bitcoin* sea tenido en cuenta como un bien (aunque el autor en cuestión termina en

¹²⁹ Antes que nada, TRD equivaldría a DLT que se recoge en la versión inglesa. Se añade en el considerando 9 que: “*tienen fines no financieros relacionados con la explotación de una plataforma digital y de servicios digitales, por lo que deben considerarse un tipo específico de criptoactivos*”. Resulta también interesante en la reflexión de HACKER Y THOMALE en su trabajo, *vid. HACKER et al., op.cit.*, pg.28.

¹³⁰ Son varios los casos que citan estos autores en relación con los *criptoactivos (bitcoin)* y la posibilidad potencial de constituir este una propiedad para el sujeto que tiene el control de dicho activo. Se cita como ejemplos, Singapur, Nueva Zelanda o un caso del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, ALLEN *et al.*, *op.cit.*, pg.21.

¹³¹ *Vid. Enrolled act N°39, Senate sixty-fifth legislature of the state of Wyoming, 2019 general sesión.*

una conclusión extraña, pues asemeja al *bitcoin* primero como bien y luego como dinero, aunque matiza que eso no implicaría su encuadre dentro de la categoría de moneda. Esa afirmación también nos lo encontramos en Liechtenstein, pues se afirma que el *bitcoin* es dinero, pero no moneda; nuestro CC en cambio utiliza el término dinero véase por ejemplo el art.1445). Cita CHOMZYCK el art.2311 del CC argentino que define las cosas de la siguiente forma: “*Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”. No le debería sorprender al lector el cierto parecido de esta definición con la concepción de las cosas en Alemania, aunque también de una forma similar al caso japonés que ya hemos citado. La materialidad que sostiene este autor es contraria a la propia concepción de estos códigos, pues afirma que: “*son objetos materiales porque se encuentran representados de un modo que resulta tangible al ser humano. Un bitcoin existe, y puede ser percibido por las personas, en cuanto el mismo se concretiza en algo, ya sea una dirección privada asociada a cierta cantidad de bitcoins en una billetera o bien las líneas de código que representan el bloque de la cadena que acaba de ser minado*”¹³². Sus afirmaciones hubieran encajado en una concepción de los bienes como la nuestra, pero aquellas que beben de la tradición alemana entienden la materialidad en tangibilidad, en que sea algo físico.

- **Jersey:** También se cita en relación con Jersey y sus reglas respecto de la planificación del patrimonio y sucesiones, que: “*Cryptocurrencies are treated as intangible movable property*”¹³³.
- **India:** PARIKH sostiene que no existe ninguna limitación de calificar a los *criptoactivos* dentro de la categoría de bienes muebles. Primero que nada, porque su legislación no se limita a aquellos que son tangibles (hecho este, que lo demuestra también con cita de jurisprudencia), aunque luego se refiera: “*crypto-currencies are intangible property rights*”, esto no nos debe confundir pues constituye la forma de expresión dentro de la tradición inglesa para referirse a los bienes¹³⁴.
- **Nueva Zelanda:** Algo parecido también se planteó en Nueva Zelanda (si las criptomonedas pueden ser consideradas propiedad) en el caso *Cryptopia* (plataforma conocida por un ataque que permitió el robo de *criptomonedas*); la respuesta fue afirmativa. En lo que aquí interesa, el juez concluye que: “*the cryptocurrencies here situated in Cryptopia’s exchange are a species of intangible personal property and clearly an identifiable thing of value*”¹³⁵. Es decir, lo que se reconoció en el caso analizado fue que las “*criptomonedas*” encajan en la definición de propiedad contenida en la sección 2 de la Ley de sociedades de Nueva Zelanda. Es más, de la sentencia se extrae que incluso pudiera considerarse a las “*criptomonedas*” como propiedad de manera más general, es decir, más allá de esa legislación concreta. Interesante es mencionar que su señoría señaló que la información digital pura no es propiedad, pero sí los son los activos digitales. Hay que partir de un recordatorio. En el texto se ha defendido que al fin y al cabo, técnicamente los *criptoactivos* son información. El primer argumento en la sentencia para diferenciar a las “*criptomonedas*” de la información pura es el que sigue: “*El propósito detrás de las criptomonedas es crear un elemento de valor negociable no simplemente para registrar o impartir de forma confidencial conocimientos o información*”. Entre otros argumentos del texto también se extrae que, a diferencia de las “*criptomonedas*” la información pura puede ser duplicada¹³⁶.

¹³² A. CHOMZYCK, “Situación legal de bitcoin en Argentina”, 2013, disponible en: <http://elbitcoin.org/situacion-legal-de-bitcoin-en-argentina/>. Fecha de consulta 20.11.2021.

¹³³ C. GRIFFIN, “Blockchain and cryptocurrency regulation 2022, fourth edition”, *Carey Olsen*, 2022, pg.23.

¹³⁴ J. PARIKH, “India: the legality of crypto-currency and its repercussions on the crypto-currency exchanges in India”, 2018, disponible en: <https://www.mondaq.com/india/fin-tech/697982/the-legality-of-crypto-currency-and-its-repercussions-on-the-crypto-currency-exchanges-in-india>. Fecha de consulta 20.11.2021

¹³⁵ High Court of New Zealand decision of David Ian Ruscoe and Malcom Russell Moore v Cryptopia Limited, pg.28.

¹³⁶ *Ibidem*, pg.45. No obstante, cada vez será más difícil delimitar lo que es información pura y lo que sería activo digital. Por ejemplo el siguiente caso, cuando amazon decidió retribuir a los usuarios que enviasen sus tickets de compra realizados a través de otras tiendas. Disponible en: <https://andro4all.com/amazon/amazon-pagara-a-los-usuarios-que-envien-tickets-de-compras-hechas-en-otras-tiendas>. Fecha de consulta 31.03.2022.

- **Rumanía:** En Rumanía, en un estudio se recogió algunos puntos de vista de algunas autoridades a nivel nacional y europeo, y se mencionó y concluyó el encaje de los *criptoactivos* como bienes incorporales: “ellos se encuadran en la categoría de los bienes incorporales/intangibles”¹³⁷. Ahora bien, ningún problema se extrae de la legislación de este país de aceptar a los *criptoactivos* como bienes intangibles, pues su CC (art.535) define a los bienes: “Son bienes, las cosas corporales o incorporales, las cuales constituyen el objeto de un derecho patrimonial”¹³⁸.

58. Para el segundo supuesto pueden tomarse en consideración los siguientes casos:

- **Japón:** Muy ilustrativo resulta en Japón el caso *Mt.Gox*¹³⁹. El objeto de debate se centra alrededor de si *bitcoin* puede ser propiedad de una persona. La corte aduce como argumento el art.85 del CC japonés¹⁴⁰ para concluir que: “things” as tangible and restricts the right of ownership to things”, pese a que el argumento de la parte contraria se sostenía en que: “an object that is capable of exclusive legal control should be regarded as “thing”. A pesar de ello, la corte reconoce que existen algunas excepciones (art.362 CC japonés y *copyright* por ejemplo). En este supuesto, el actor pretendía ejercitar un derecho de segregación conforme al art.32 de la Ley concursal japonesa. De haberse aceptado que el *bitcoin* puede ser considerado como cosa tangible, la consecuencia hubiera sido que los *bitcoins* se tendrían que haber devuelto de la dirección del *exchange* al usuario reclamante. También se deduce de la sentencia, que el hecho de que no sea una cosa tangible, no significa que el usuario quede desprotegido. Es decir, *bitcoin* podría considerarse como una cosa intangible y, por lo tanto, gozaría de un régimen de protección distinto al establecido en el art.85 del CC japonés para las cosas tangibles.
- **Liechtenstein:** En Liechtenstein a lo largo de la tramitación de la normativa sobre *tokens* se ha discutido sobre la conveniencia del uso de los términos propiedad y posesión. Finalmente, el texto definitivo incorpora los términos (derecho a poseer, poder de disposición, términos criticados por una asociación de abogados porque se prescindió del término propiedad; aunque luego nos encontramos con el empleo del término *owner* dentro del texto). Hay que tener en cuenta que la justificación por la cual no vinculan a los *tokens* con el concepto de propiedad se debe básicamente a la regulación contenida en la Ley de propiedad. Es decir, en esta norma se vincula al concepto de propietario con aquellos objetos que sean físicos¹⁴¹. También, puede concluirse que las anteriores especificaciones son de aplicación para el concepto posesión¹⁴².

Respecto de los conceptos “*person entitled to dispose of the token y holder of the power of disposal*” debe precisarse lo siguiente: la persona con el derecho a disponer del *token* será aquella que tenga las claves (semillas), pero además sea titular del derecho o la cosa que se *tokeniza*. En cambio, la persona que ostenta el poder de disposición sería aquella que tiene las claves (semillas), pero en realidad no ostenta ningún derecho sobre el derecho o el bien

¹³⁷ BANU *et.al.*, *op.cit.*, pg.9.

¹³⁸ Codul Civil din 17 iulie 2009, Legea nr. 287/2009.

¹³⁹ Disponible en: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/mtgox_judgment_final.pdf. Fecha de consulta 10.12.2021. Otro aspecto que se debate en esta resolución versa sobre el posible control exclusivo de los *bitcoins*.

¹⁴⁰ Algo parecido sucede en Alemania al concebirse como objeto del derecho de propiedad tan solo las cosas tangibles; no obstante resulta interesante mencionar que mediante intervención legislativa en Alemania sí que se han reconocido determinados *criptoactivos* como: *deemed movables*; ahora bien el ámbito se acota algunos valores, vid. *OECD* “Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets”, *OECD Blockchain Policy Series*, 2021, pg.16.

¹⁴¹ *Report and application...*, *op.cit.*, pgs.57 y 58. En definitiva, si se tiene en cuenta lo siguiente: “The government has therefore decided to autonomously regulate ownership of the token and the associated legal consequences only for IT systems”, pudiera concluirse que se trata de una propiedad especial/específica que se desvincula del concepto de propiedad tradicional en Liechtenstein. *Ibidem*, pg.58. Véase también *Bericht...*, *op.cit.*, pgs.184 y ss.

¹⁴² Respecto a la posesión, debe rememorarse que se ha dicho: “possession usually refers to physical possession of a tangible asset by some person, somewhere”, ALLEN *et al.*, *op.cit.*, pg.23.

- tokenizado*, aunque hay que matizar, que para la persona que ostenta el poder se presume respecto a él que: “*se presume que quien tiene el poder de disposición sobre el token también tiene el derecho de disposición*”¹⁴³.
- **Reino Unido:** En el Reino Unido se ha propuesto una tercera categoría de propiedad personal, pues no encajan ni en la categoría de cosas en acción (salvo que se represente a un bien que existe *offchain*, pero ni aún así entraría dentro de esta categoría) y tampoco cosas en posesión. Se concluye que esto se debe por dos motivos, el primero porque los *criptoactivos* no pueden ser poseídos, y el segundo porque estos no representan un derecho (esto último realmente es muy criticable y discutible)¹⁴⁴.
 - **Rusia:** En cuanto a la situación en Rusia, a nivel doctrinal tampoco existe acuerdo alguno, y respecto al legislativo, SHOVKALOV e IDRISOV concluyen que: “*no podemos afirmar categóricamente: (1). Si el legislador clasifica a las criptomonedas como derechos digitales que son objetos de derecho civil; (2). Si el legislador clasifica a las criptomonedas como propiedad; (3). Si el legislador clasifica a las criptomonedas como objetos de derechos de propiedad*”¹⁴⁵.

59. Esta distorsión en cuanto a la concepción de lo que puede ser objeto de derechos de propiedad constituye un debate esencial, pues en algunos supuestos será necesaria una intervención legislativa con el fin de dotar de un determinado *status* a los *criptoactivos*.

60. ZATTI cita que, en el caso de no especificarse la naturaleza de un *criptoactivo*, este solo podrá ser calificado como una cosa abstracta¹⁴⁶.

61. Sirva pues el esbozo de distintas percepciones de lo que constituyen los *criptoactivos* en otros países, como báculo para demostrar la dificultad de calificarlos como bien. No obstante, también debemos decir que el objetivo, ambicioso en verdad, es sentar las bases para que los *criptoactivos* sean tenidos en cuenta a nivel europeo como bienes. Quizás suene a repetitivo, pero al *criptoactivo* le será de aplicación el régimen jurídico de aquello que incorpore o represente (independientemente de su categorización como bien).

V. Conclusiones

62. La cadena de bloques como base de datos afronta el difícil reto para los juristas de adaptar las categorías clásicas del derecho a las nuevas utilidades o, dicho de otro modo, a las nuevas formas de utilizar, representar o incorporar, bienes, derechos y deudas, entre otras cosas. *Bitcoin* supuso en su momento una puerta de entrada a nuevas oportunidades, pero hoy en día el mercado conforme pasa el tiempo cuenta con un mayor desarrollo. Es decir, la labor del jurista consistirá en estudiar la tecnología, los nuevos casos de uso, para poder ajustar estos nuevos hechos a las categorías jurídicas, así como también aportar soluciones a los nuevos casos de uso.

63. La solución a la cual se podrá llegar es que, como tal, la legislación actual resulta suficiente para velar por la protección y acomodo de los intereses de las partes. Pudiera darse que en un ordenamiento jurídico concreto se abriesen unas grandes incógnitas, pues la reglamentación actual no daría una respuesta precisa a las nuevas necesidades, y por ende será necesaria una intervención del legislador. A

¹⁴³ Bericht... *op. cit.*, pg.163. También debe remarcarse respecto del concepto derechos que: *Um möglichst viele Einsatzmöglichkeiten der «Token-Ökonomie» abdecken zu können, wird an Rechte angeknüpft* (versión inglesa: *In order to be able to cover as many possibilities of use for the token economy as possible, they shall be associated with rights*) Bericht..., *op. cit.*, pg.58. Report and..., *op. cit.*, pg.54.

¹⁴⁴ ALLEN *et al.*, *op. cit.*, pg.24.

¹⁴⁵ S. SHOVKALOV, H. IDRISOV, “Economic and legal análisis of cryptocurrency: Scientific views form Russia and the Muslim world”, *Laws 10*, 2021, pg.9.

¹⁴⁶ ZATTI, *op. cit.*, pg.3.

lo largo de este trabajo ya se ha visto que en ciertos países, el acomodo no fue pacífico, y por lo tanto se optó por una regulación *ad hoc*, mientras que en otros tan solo se modificaron una serie de aspectos. En España la opción que debe seguirse es proceder al estudio de la tecnología, para con posterioridad detectar las posibles lagunas o carencias normativas dentro de cualquier rama del Derecho.

64. *Bitcoin* fue diseñado de forma que se prescindiese de unas instituciones centrales como son las entidades bancarias, para ello NAKAMOTO dotó al ecosistema de un funcionamiento basado en la confianza y el consenso. La eliminación o en su caso reducción de los terceros, también aúna una serie de consecuencias jurídicas, pues de un modo u otro supone eliminar a una parte encargada de realizar una determinada prestación; para los casos de sustitución de terceros como argumentos a favor podrán argüirse nuevos posibles beneficios o la eliminación de ineficiencias de sistemas anteriores. En otros casos, surgen unos nuevos terceros que realizarán una tarea antigua trasladada a la nueva tecnología, o una labor nueva. Respecto de estos hitos, corresponderá averiguar cuál es la prestación concreta y el modo en el cual se vinculan las partes, de forma que se delimiten las responsabilidades en ese marco concreto.

65. Los *smart contracts* en la actualidad suponen una pieza elemental, pues la mayoría de los casos de usos que han surgido vinculados a la tecnología *blockchain* nacieron gracias a los *smart contracts*. Pacífica es en este momento la calificación de los *smart contracts* en el ordenamiento jurídico español, pues se trata de programas que permiten la autoejecución de prestaciones, o también, cuando se cumplan los requisitos de los contratos, serán contratos y a su vez tendrán integrado un mecanismo de autoejecución. De forma que a través de los *smart contracts* las partes podrán configurar sus intereses en el modo que lo permita la legislación y el código.

66. Respecto de los activos digitales como forma de representación o incorporación, para su encaje jurídico se debe partir en todo caso de la categoría del patrimonio. Las vastas oportunidades que ofrece hoy en día la tecnología conducen a formular una pregunta: ¿hasta qué punto existe una equivalencia funcional para esta nueva realidad? El punto de partida es un dilema clásico, una pregunta recurrente cuya respuesta no puede ser universal. Que la normativa anterior a la realidad digital no sea aplicable a la nueva situación u otorgue una menor protección al usuario, conduce al estudio de cada uno de los usos digitales. La UE en un afán armonizador, por varios motivos, ha tenido en cuenta esta nueva realidad digital de modo que en muchos casos han buscado una armonización máxima para proteger tanto a los usuarios como a los prestadores.

67. En segundo lugar, para el encaje de los *criptoactivos* en el ordenamiento jurídico español lo correcto es acudir a la categoría de los bienes. La amplitud y concepción de esta categoría en el ordenamiento jurídico español permite una mayor flexibilidad y adaptación frente a nuevas realidades que puedan surgir. La anterior afirmación no se contemplaría en un ordenamiento jurídico cuya concepción de los bienes fuere más estricta y restringida.

68. La elección para la propuesta de Reglamento MICA del concepto “representación digital de valor” puede conducir a una incorrección técnica por varios motivos.

Lo que aquí se propone es utilizar representación de bienes en vez de representación de valor. Debe advertirse que esta pequeña modificación no implicaría que a nivel europeo se considerase a los *criptoactivos* como bienes, sino como una forma de representar bienes. Para ser más precisos todavía, y con el fin de abarcar también el concepto de incorporación, se puede optar por representación o incorporación de bienes, o en su caso sustituir ambos conceptos por anotación (porque al fin y al cabo lo que se realiza es una anotación en una base de datos como *blockchain* u otro tipo de *DLT*). En el supuesto de seguirse manteniendo el término representación digital de valor, se recomienda definir el concepto valor a los efectos del Reglamento MICA.

69. Los *criptoactivos* como bienes intangibles permiten, al menos en un plano teórico introducir el debate de qué tipo de datos o información son bienes según nuestro ordenamiento jurídico. Un hecho

es claro, y es que, para estar ante un bien patrimonial, en todo caso será necesario que se prediquen una serie de notas comunes para estos tipos de bienes. Con lo cual, la forma intangible o corporal no es el atributo esencial para estar ante un bien patrimonial, sino las notas comunes que ha fijado la doctrina para el ordenamiento jurídico español.

70. A nivel europeo, la armonización y categorización de los *criptoactivos* como bienes resulta una tarea más difícil. Los Estados miembros en sus ordenamientos jurídicos mantienen notables diferencias respecto a lo que se entiende por bien o cosa. La solución podría encontrarse en concebirlos como bienes, de un modo similar a lo que sucede en la Directiva 2019/771 de 20 de mayo relativa a los contratos de compraventa de bienes, respecto de algunos casos como el agua o la electricidad (véase el art.2.5.a de la Directiva). No obstante, la solución idónea pareciera ser que se “almacenen” los *criptoactivos* en un soporte tangible para así concebirlos como bienes. El problema que surge es que si bien pudiera utilizarse un *ledger* (una suerte de *usb* o *cold wallet*), mediante este instrumento no se almacenarían los *criptoactivos*, sino las claves privadas. De modo que aplicar esta técnica para considerar a los *criptoactivos* como bienes a nivel europeo, tampoco constituiría una opción idónea.

71. Las distintas propuestas de Reglamento MICA han de rellenar la laguna (entre otras) relativa a la emisión de *tokens* similares al *bitcoin*. Otro dilema que merece la pena apuntar es el de los *tokens* híbridos, pues no existe ninguna referencia en la propuesta sobre cuál es la pauta o criterio que seguir para delimitar cuál sería la normativa aplicable en el caso de la emisión de un *token* híbrido. Una propuesta que puede trasladarse para estos tipos de *tokens* es la que se viene utilizando en el Derecho de consumo respecto a los contratos de doble finalidad, es decir, el criterio de predominante o marginal.

La compleja inclusión de los pescadores en el control del tiempo de trabajo

Fishermen and control of their working time: A difficult challenge

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

Profesora Contratada Doctora

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

Recibido: 16.03.2022 / Aceptado: 26.04.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7204

Resumen: La aplicación general de la nueva obligación empresarial de control diario del tiempo de trabajo presenta dificultades para su implantación en ciertos sectores. En particular, en lo que se refiere al trabajo a bordo de buques pesqueros, un sector olvidado por el legislador que, no obstante, también tiene derecho a la limitación de su jornada para garantizar la prestación en condiciones de seguridad y salud.

Palabras clave: Control horario, pesca, seguridad y salud, Directiva 2003/88/CE.

Abstract: The employers' general requirement to set up a system enabling the duration of time worked daily by each worker to be measured, represent a significant challenge in certain sectors. There are a major issue concerning monitoring working time on fishing vessels. Notwithstanding, the fishermen are also entitled to a limitation of its working time to guarantee safe and healthy working conditions. The truth is this professional group has been generally neglected by Law which has led to complex legal problems.

Keywords: Recording system of working time, fishing, health and safety, Directive 2003/88/EC.

Sumario: I. Introducción: el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control del tiempo de trabajo en la pesca. II. La regulación del tiempo de trabajo a bordo de buques pesqueros. 1. El tiempo de trabajo de los pescadores en los convenios de la OIT y en la normativa de la Unión Europea. 2. El tiempo de trabajo en la pesca en el marco de la Unión Europea: la interacción entre la Directiva 2003/88/CE y la Directiva (UE) 2017/159. 3. La regulación nacional sobre tiempo de trabajo a bordo de buques pesqueros. III. La particular situación de la pesca tras el Real Decreto-ley 8/2019: un conflicto no resuelto. IV. A modo de conclusión

I. Introducción: el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control del tiempo de trabajo en la pesca

1. Uno de los aspectos fundamentales para los trabajadores en el marco de la relación laboral es la concreción y limitación del tiempo de trabajo. Esta cuestión constituye, asimismo, un pilar fundamental de la Europa social, que ya figuraba incluido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su artículo 118 A, y también recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

* Este trabajo se ha realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado "Hacia un nuevo modelo de Derecho Transnacional del Trabajo" (Ref.DER2017-83040-C4-1-R).

Europea¹. Dentro de los principios enunciados en la Carta se reconoce el derecho de todo trabajador tanto a “trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”, la “limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales”, así como, a disfrutar de “un período de vacaciones anuales retribuido”².

2. La duración y distribución de la jornada, el descanso y la limitación de las horas de trabajo se conforma, igualmente, como una medida de seguridad y salud. Así, la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (en adelante Directiva 2003/88/CE)³, dispone que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”, se limite la duración del tiempo de trabajo en los términos allí expuestos⁴.

3. La limitación del tiempo de trabajo y el régimen de los descansos en el derecho de la Unión Europea (en adelante UE) fue objeto de regulación hace más de veinticinco años, mediante la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo⁵. Ahora bien, como venía sucediendo de forma tradicional, el ámbito de aplicación de esta Directiva no se extendía a actividades que pudiéramos considerar “complejas”, como sucedía con el transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, la navegación interior, la pesca marítima y las actividades en períodos de formación. Sin embargo, dichos sectores fueron incorporados mediante la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶, aunque con matices. Actualmente, la antecitada Directiva 2003/88/CE, derogatoria de la anterior, es el texto vigente de aplicación general, aunque la mayoría de las actividades del transporte que fueron incluidas tienen su propia regulación sobre el tiempo de trabajo, excepto la pesca, el personal aeronáutico de tierra y los trabajadores ferroviarios -salvo el personal móvil que presta servicios de interoperabilidad transfronteriza-.

4. Las directivas sobre tiempo de trabajo, no obstante, han presentado una extraordinaria problemática respecto de su interpretación. De hecho, han sido numerosas las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha tenido que clarificar el significado de sus disposiciones. Estos pronunciamientos han ocasionado un enorme impacto e incidido de forma significativa en la aplicación en el Derecho Social de la Unión Europea en los distintos Estados miembros.

5. En España la jurisprudencia del TJUE ha dado lugar a diversas modificaciones de nuestro derecho interno ante los posibles incumplimientos o incorrecciones en el ejercicio de transposición de las directivas. En este sentido, uno de los pronunciamientos que ha tenido una mayor repercusión ha sido el dimanante del asunto C-55/18, que tenía por objeto atender una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el procedimiento entre la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y *Deutsche Bank, S.A.E.* La sentencia, de 14 de mayo de 2019, resuelve sobre una larga controversia en la que se debatía acerca del alcance del deber empresarial de registro del tiempo de trabajo, conforme a la Directiva 2003/88/CE.

6. El TJUE entendía que los Estados miembros habían de “(...) imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”⁷. Esta obligación suponía una protección de los derechos de los

¹ DO C 202 de 7 de junio de 2016.

² Ambos conforman el contenido del artículo 31 de la CDFUE sobre condiciones de trabajo justas y equitativas.

³ DO L 299 de 18 de noviembre de 2003.

⁴ Tal como se dispone en el artículo 6 y siguientes de la Directiva 2003/88/CE.

⁵ DO L 307 de 13 de diciembre de 1993.

⁶ DO L 195 de 1 de agosto de 2000.

⁷ Apartado 60 de la STJUE de 14 de mayo de 2019, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E., C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402.

trabajadores, parte más débil en la relación laboral. Por consiguiente, la sentencia declaró la obligatoriedad de establecer un mecanismo de control de la jornada diaria como elemento para cumplir con lo establecido tanto en las Directivas 2003/88/CE, y la Directiva 89/391/CEE⁸, así como, en la Carta Social Europea, clarificando un nuevo aspecto de la vigente Directiva sobre tiempo de trabajo⁹. En conclusión, el TJUE consideraba necesario proteger los derechos de los trabajadores introduciendo un sistema de control sólido y de confianza que asegurase el respeto de los mencionados límites sobre jornada, garantizando el efecto útil de la Directiva 2003/88/CE.

7. Ahora bien, poco antes del pronunciamiento del Tribunal, se promulgó el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo¹⁰, que modificó el artículo 34 del ET incorporando un nuevo apartado, donde se instituía la obligación empresarial de registro diario de la jornada. En principio, parecía que esta modificación legislativa se acomodaba a los deberes que dimanaban de la sentencia sobre asunto C-55/18. Sin embargo, el nuevo contenido del precepto presenta interrogantes, que pueden ocasionar problemas jurídicos.

8. Por otra parte, el artículo 34.9 ET establece un deber de carácter generalista, lo que resulta problemático para ciertos sectores. No obstante, la sentencia del TJUE manifestaba la posibilidad de establecer excepciones sobre el deber general de registro de la jornada, conforme al artículo 17 de la Directiva 2003/88/CE. Asimismo, mencionaba la necesidad de que los propios Estados miembros estableciesen criterios concretos de aplicación del sistema, siempre teniendo en consideración aspectos como “el sector de actividad”, las “especificidades de determinadas empresas” y el “tamaño” de las mismas a fin de “definir los “criterios concretos de aplicación” y “la forma que debe revestir” el registro. Adicionalmente, señalaba que podrían establecerse excepciones a lo dispuesto, “a causa de las características especiales de la actividad realizada”, o bien, cuando la jornada “no tenga una duración medida o establecida previamente”, o incluso, “cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”. Estos aspectos no fueron tenidos en consideración por el legislador en la modificación estatutaria.

9. Por consiguiente, como se verá, consideramos que las disposiciones sobre control de jornada no son fácilmente aplicables a todos los sectores productivos. En particular, estamos pensando en determinados colectivos, como los trabajadores a bordo de buques pesqueros, donde un control del tiempo de trabajo por la propia naturaleza y peculiaridades de la actividad podría resultar enormemente complejo. Así, las presentes páginas pretenden, en primer lugar, identificar la regulación del tiempo de trabajo a bordo de buques pesqueros y los problemas que la aplicación de la modificación del ET sobre control horario ocasiona en dichas actividades, debido a su enorme complejidad. Para ello, analizaremos tanto la normativa internacional, la de la UE, así como el régimen particular de trabajo y descanso que se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en adelante RDJE)¹¹. A continuación, se realizará una valoración de la situación tras el Real Decreto-ley 8/2019, como resultado de la sentencia anotada y a la luz de lo dispuesto en el derecho de la UE. Por último, ofreciendo reflexiones sobre el particular.

⁸ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, DO L 183 de 29 junio de 1989.

⁹ Un interesante comentario sobre la sentencia a cargo del prof. A. MARTÍN VALVERDE, “El deber empresarial de registro de las horas de trabajo”, en: F.G. GÁRATE CASTRO (dir.), Y. MANEIRO VÁZQUEZ (dir.), J.M. MIRANDA BOTO (ed. lit.), L. GIL OTERO (ed. lit.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones = Servicio de Publicacións, 2020, pp. 643-654.

¹⁰ BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

¹¹ BOE núm. 230, de 26 de septiembre de 1995.

II. La regulación del tiempo de trabajo a bordo de buques pesqueros

10. La actividad marítimo-pesquera es un sector de enorme importancia económica, si bien se encuentra dotada de extraordinarias peculiaridades en el ámbito sociolaboral. Su naturaleza intrínseca supeditada a factores externos, como la meteorología, las circunstancias biológicas y administrativas que acompañan a los períodos de capturas le dotan de un carácter singular. Asimismo, es visible que esos factores, junto al desempeño de la actividad en condiciones de lejanía a bordo de un buque de pesca, son elementos que impactan en la ordenación del tiempo de trabajo donde se confunden los límites del trabajo y el descanso. Por ello, resulta muy complejo establecer un régimen de tiempo de trabajo de carácter estricto, cuyas diferencias indudablemente justifican una regulación específica.

11. La regulación del tiempo de trabajo a bordo desde la perspectiva internacional ha sido objeto de un tratamiento parcial. Así, tanto la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), como la UE, han abordado aspectos puntuales cuyas disposiciones manifiestan cierta laxitud. En el caso de la UE las evidentes especialidades que manifiesta la actividad no han sido razón suficiente para justificar un tratamiento individualizado, más allá de lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE, a diferencia de lo que sucedía con otros sectores del transporte.

12. Sin embargo, tras la adopción del Convenio 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca, y al igual que procedió con la actividad marítimo-mercante¹², la UE autorizó a los Estados miembros a ratificar dicho convenio, mediante la Decisión (UE) 2010/321 del Consejo de 7 de junio de 2010¹³. Posteriormente, los agentes sociales llegaron a un acuerdo como producto del diálogo social. Así, la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007, de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 (en adelante Directiva (UE)¹⁴ 2017/159) reforzó dicho acuerdo, dándole soporte normativo y contribuyendo a fortalecer normas mínimas para la pesca marítima. Esta Directiva ha completado la regulación dispuesta en la Directiva 2003/88/CE, al incluir en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2017/159 una protección algo superior a la que se dispensaba la directiva de tiempo de trabajo.

13. Por otro lado, la normativa nacional sobre la jornada en la pesca, presente en el RDJE, sí que ha intentado atender a sus necesidades, elaborando una compleja regulación con excepciones y disposiciones especiales, cuyo contenido, como expondremos a continuación, presenta dudas sobre su adecuación a lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE.

1. El tiempo de trabajo de los pescadores en los convenios de la OIT

14. La OIT en sus primeros años acometió la regulación de ciertos contenidos mínimos del trabajo en la pesca mediante algunos convenios y recomendaciones, manifestando una significativa

¹² Cuya regulación aparece en la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre ordenación de tiempo de trabajo de la gente de mar, que fue suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos de Transporte de la Unión Europea (FST), y con la que comparte numerosas especialidades.

¹³ Sobre el impacto de la Directiva, vid. J. GARCÍA MURCIA, “Dos manifestaciones recientes de la Europa social: el Acuerdo económico y comercial con Canadá (cláusula social) y la Directiva 2017/159 sobre el trabajo en el sector de la pesca”, *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2 (2016), pp. 301-311, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55375>

¹⁴ Directiva (UE) 2017/159 del Consejo de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007, de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche), DO L 25, de 31 de enero de 2017. Un exhaustivo análisis de la Directiva (UE) 2017/154 puede consultarse en: X.M. CARRIL VÁZQUEZ (COORD.); O. FOTINOPOULOU BASURKO (DIR.), *Estudio técnico-jurídico de la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo ¿un primer paso hacia una codificación del acervo social de la Unión Europea en el sector marítimo-pesquero?*, Editorial Atelier, pendiente de publicación.

preocupación por proteger las condiciones de trabajo para este sector, al igual que sucedía con el trabajo marítimo mercante. El tiempo de trabajo fue una de las cuestiones que trató inicialmente, con la Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (núm. 7), hoy derogada. Sin embargo, este temprano interés, recomendando a los Estados la adopción de una legislación que pudiese limitar “para el sector pesquero, las horas de trabajo de todos los empleados en la industria de pesca, con las cláusulas especiales necesarias para hacer frente a las condiciones peculiares de dicha industria”, no tuvo la continuidad que hubiese sido deseable¹⁵.

15. De hecho, a partir de la sesión núm. 81 de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1994, se creó un grupo de trabajo sobre la política de revisión de las normas, en el marco de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo. El objetivo era analizar aquellos convenios y recomendaciones anteriores a 1985 para reforzar y modernizar el sistema normativo¹⁶. Así, en relación con los convenios dirigidos al trabajo en la pesca, la labor de análisis y actualización finalizó con la adopción en el año 2007 del Convenio núm. 188 y su correspondiente Recomendación, R199. El Convenio 188 ha revisado otros instrumentos que se encontraban desactualizados, como sucedía con el Convenio núm. 112 sobre la edad mínima (pescadores), el Convenio núm. 113 sobre el examen médico de los pescadores, el Convenio núm. 114 sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores, todos ellos adoptados en 1959, así como, el Convenio núm. 126 sobre el alojamiento de la tripulación (pescadores) de 1966. En lo que respecta al tiempo de trabajo, los artículos 13 y 14 del Convenio 188 se destinan a garantizar unas mínimas condiciones de seguridad en la prestación intentando asegurar la ausencia de fatiga de las tripulaciones ante horarios extendidos, e incluyendo disposiciones sobre descansos.

16. Así, el Convenio 188 establece una regulación básica para aquellos buques que se encuentren más de tres días en el mar, al margen de sus dimensiones, que tendrán que fijar un número de horas de descanso no inferior ni a diez horas por cada período de 24 horas, ni a 77 horas por cada período de siete días. Ahora bien, esta regulación admite excepciones que no determina claramente, flexibilizando los escasos límites presentes. Por un lado, cabe inaplicar el número mínimo de horas de descanso en casos concretos -aunque no figuran expresamente relacionados-, que habrán de compensarse “en cuanto sea factible”. Por otro lado, también se dispone que la autoridad competente, previa celebración de consultas, podría incluir otros requisitos alternativos a lo establecido respecto de las horas de descanso, si bien, deberán ser sustancialmente equivalentes y no poner en peligro la seguridad y la salud de los pescadores. Indiscutiblemente, dichas disposiciones carecen de la concreción necesaria para garantizar plenamente la prestación de servicios en condiciones de seguridad y salud.

17. Por último, se recoge otra disposición referente a la necesidad de que el capitán o patrón de un buque pudiese exigir a un pescador la realización de las horas de trabajo necesarias para cuestiones como la seguridad inmediata del buque, de las personas a bordo o de las capturas, así como, la prestación de socorro a otras embarcaciones o personas en peligro en el mar. El precepto hace mención de que estas circunstancias permiten suspender el horario habitual de descanso, obligando al trabajador desempeñar sus servicios hasta que la situación se haya normalizado y tras ello, en cuanto sea posible, el capitán o patrón habrá de asegurarse de que disfruten de un período de descanso “adecuado”. Nótese que no se habla de período equivalente sino adecuado y, al mismo tiempo, tampoco se hace referencia a la consideración que tendrán dichas horas lo que introduce, una vez más, un elemento de indefinición que no favorece el derecho de los pescadores a disfrutar de condiciones de trabajo dignas.

¹⁵ Vid. sobre esta cuestión, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Dotación y horas de descanso: Artículos 13 y 14”, en: X.M. CARRIL VÁZQUEZ (coord.); P. CHAUMETTE (dir.), O. FOTINOPOULOU BASURKO (dir.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188, sobre el Trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo: ¿están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, pp. 135-139.

¹⁶ Un interesantísimo relato de los hechos a cargo de P. CHAUMETTE, “Estudio introductorio”, en: X.M. CARRIL VÁZQUEZ (coord.); P. CHAUMETTE (dir.), O. FOTINOPOULOU BASURKO (dir.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188, sobre el Trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo: ¿están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, cit., pp. 31-37.

18. Sin embargo, dicho convenio, tal como se establece en el Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, permite ser revisado o actualizado¹⁷. Así, eventualmente la organización podría comenzar un proceso de revisión, donde no solo se incluyese una regulación más completa sobre este aspecto sino, incluso, la oportunidad de incorporar mecanismos adecuados de control. Por consiguiente, consideramos que sería oportuno que se valorase esta posibilidad, habida cuenta de que el contenido de su articulado sobre tiempo de trabajo es claramente insuficiente. En ese sentido, también se precisa atender y limitar a las consecuencias que se derivan de un régimen de retribución tradicional en la pesca, como es el salario a la parte, que en la práctica se convierte en un incentivo económico para prolongar la jornada de trabajo. Esta revisión parcial redundaría en beneficio de los pescadores.

2. El tiempo de trabajo en la pesca en el marco de la Unión Europea: la interacción entre la Directiva 2003/88/CE y la Directiva (UE) 2017/159

19. En cuanto a la regulación del tiempo de trabajo en el Derecho social de la Unión se desprende de la necesidad de proteger la seguridad y salud de los trabajadores durante su actividad laboral. A tal efecto, ya la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 establecía en su artículo 2 el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, comprometiéndose las partes, en el apartado primero de la disposición, a “a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes”. La primera regulación vino a recogerse en la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre, “relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, en línea con la protección de la seguridad y salud¹⁸, luego modificados y completados. Análogamente el TFUE, al igual que el anterior Tratado constitutivo de la UE, hace referencia a la “Política Social” y entre sus objetivos incorpora las mejoras de las condiciones de vida y trabajo.

20. Sin embargo, el tiempo de trabajo en la pesca no parecía requerir inicialmente de regulación propia. A tal efecto, la Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, no hacía mención alguna al tiempo de trabajo o los descansos, pese a constituir un elemento importante para garantizar la prevención de riesgos a bordo. Por otra parte, como se ha avanzado, la Directiva 93/104/CE no se aplicaba a la pesca marítima, hasta la modificación realizada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, introduciendo a estos efectos el artículo 17 ter. Posteriormente, será la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo la que, en los mismos términos que introducía la anterior Directiva, regule esta cuestión.

21. Así, la Directiva 2003/88/CE recogía, en su artículo 21, un régimen de jornada aplicable a la pesca, específicamente dedicado los trabajadores que prestasen servicios en buques de pesca marítima que enarbolasen pabellón de los Estados miembros, pero sin considerar aplicable al colectivo lo dispuesto en los artículos 3 a 6 y 8 de la misma. La Directiva 2003/88/CE instituía respecto de los pescadores un enorme conjunto de excepciones que facilitaban la flexibilidad en el tiempo de trabajo. Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2017/159 modificó, parcialmente, lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE.

¹⁷ Así, se puede proceder a la revisión parcial de un convenio mediante la adopción de un protocolo o de disposiciones en un nuevo convenio cuya aceptación pone término a las obligaciones resultantes de las disposiciones correspondientes a un convenio anterior, vid. edición revisada de 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_713126.pdf

¹⁸ Así vienen además incorporado en el originario artículo 137.1º) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y hoy en el artículo 153.1º) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

22. En efecto, la UE acogió el Convenio 188 en su acervo jurídico a través de la Directiva antecitada, lo que permitió valorar, asimismo, la insuficiencia de las disposiciones sobre jornada. En este sentido, el considerando 10 del acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el Trabajo en la Pesca hizo referencia a que, aunque “(...) los artículos 13 y 14 del C188 ofrecen en general a los pescadores un nivel de protección inferior al de la Directiva [2003/88/CE], el nivel que ofrecen algunas de las disposiciones del artículo 14 del Convenio es, sin embargo, más elevado”. A tal efecto, se fusionaron ambas disposiciones para ofrecer un “nivel global de protección más elevado”, mejorando “la consulta a los interlocutores sociales nacionales de la UE por parte de la autoridad competente antes de establecer el nivel mínimo de protección; el objetivo adicional de limitar la fatiga; el descanso compensatorio en caso de que se autoricen excepciones a las horas mínimas de descanso y al número máximo de horas de trabajo; y una mejor protección tras situaciones de peligro”.

23. Por tanto, será el artículo 11 de la Directiva (UE) 2017/159 la que reglamente en adelante las horas de trabajo y las de descanso a bordo de buques pesqueros con pabellón, o registrado bajo la plena jurisdicción, de un Estado miembro, si bien será la Directiva 2003/88/CE la que se aplique en todo aquello que no tenga carácter específico o esté expresamente excluido.

24. El régimen de trabajo y descanso instituido en la Directiva (UE) 2017/159 mantiene prácticamente las mismas disposiciones sobre el descanso diario como el semanal, las pausas, la duración máxima semanal del trabajo y el trabajo nocturno recogidos en la Directiva 2003/88/CE. Por consiguiente, el régimen de tiempo de trabajo continuaba sometido a excepciones muy amplias, aunque con dos límites: por una parte, se garantizaría una duración máxima media de la jornada de 48 horas en un período de referencia de 12 meses como máximo y, por otra, se aseguraría un descanso adecuado. Incidiendo en este aspecto, la Directiva (UE) 2017/159 hacía referencia a la necesidad de proteger la seguridad y la salud de los mencionados trabajadores, mediante la limitación del tiempo de trabajo y la garantía del tiempo de descanso, estableciendo períodos de referencia para ambos a través de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o mediante el juego de la autonomía colectiva.

25. Significativamente, la Directiva (UE) 2017/159 introduce la limitación de la fatiga como finalidad de la norma. Respecto de los límites instituidos, al igual que la Directiva 2003/88/CE, se dispone que el número de horas de trabajo no será superior a 14 en un período de 24 horas, o bien, de 72 horas en un período de siete días. Del mismo modo, la alusión a las horas de descanso es idéntica a la anterior puesto que no comprenderán menos de 10 horas por cada período de 24 horas, ni de 77 horas por cada período de siete días. También se menciona de forma equivalente la posibilidad de dividir el período de descanso en dos períodos, siempre que uno de los cuales fuese de al menos seis horas y que el intervalo entre ambos períodos consecutivos no excediese de 14 horas.

26. Adicionalmente, por razones objetivas o técnicas, o por motivos relativos a la organización del trabajo, cabe inaplicar tanto los límites señalados, como los períodos de referencia, si bien dichas excepciones habrán de instituirse mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o a través de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales¹⁹. En este sentido, la Directiva (UE) 2017/159 indica que, si se autorizasen dichas excepciones, se aminorarán los posibles excesos con períodos de permiso más frecuentes o largos y/o permisos compensatorios de descanso, tan pronto como sea posible. No obstante, aunque es positiva esta referencia a la necesaria inmediatez de los descansos, mantiene una clara imprecisión, derivada de lo dispuesto en el Convenio de la OIT, tal como se evidencia en la expresión “cuando sea posible” que no garantiza realmente un descanso pronto y adecuado.

27. En otro orden de cosas, se justifica la extensión del tiempo de trabajo por razones que requieran de atención continuada. Así, el capitán, en circunstancias necesarias para la seguridad inmediata del buque, las personas o la carga a bordo, así como, para socorrer a otros buques o personas en peligro

¹⁹ Con atención especial al mantenimiento del diálogo social.

en el mar, podrá exigir a los trabajadores trabajar cuantas horas sean necesarias. Sobre este particular, la Directiva (UE) 2017/159 incorporó un nuevo párrafo clarificando que el capitán o patrón podría suspender el horario habitual de descanso y exigir al pescador que prestase servicios hasta que la situación se hubiese normalizado. Ahora bien, expresamente se menciona que toda vez que se vuelva a la situación normal, el capitán o patrón se asegurará de que los pescadores que hayan trabajado durante sus horas de descanso disfruten de un período de descanso adecuado tan pronto como sea posible. De nuevo, esta referencia nos inquieta, no garantiza que el trabajador pueda exigir el descanso, por lo que nos reiteramos en este punto en lo que hemos señalado en párrafos anteriores.

28. Por último, es posible limitar ciertos períodos vacacionales, puesto que los Estados podrán establecer que las vacaciones anuales se disfruten, durante los períodos en los que no estén autorizados a faenar, siempre que sea superior a un mes, y así se prevea en la legislación o la práctica nacional.

29. Sin embargo, hay que referir una cuestión de especial importancia puesto que la Directiva (UE) 2017/159 se aplicará sin perjuicio de las disposiciones vigentes más específicas o de protección más elevada²⁰. Por consiguiente, lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE, resulta de aplicación, salvo que haya sido expresamente exceptuado para los buques de pesca. A tal efecto lo dispuesto en el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE permanece invariable, donde se ofrece la acepción de los términos tiempo de trabajo y tiempo de descanso y se expresa su contenido. Así, tiempo de trabajo será “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Como contraposición a este concepto, tiempo de descanso se considerará “todo período que no sea de trabajo efectivo”. Ahora bien, como ha señalado parte de la doctrina, es sintomático que la Directiva no contemple una “categoría intermedia” entre ambas nociones²¹.

30. No obstante lo anterior, podríamos pensar que cabría una cierta flexibilidad interpretativa sobre las definiciones presentes en el art. 2 de la Directiva anotada, habida cuenta que, tras referir la acepción de tiempo de trabajo, se expresa la posibilidad de identificar el tiempo de trabajo en función de las legislaciones y prácticas nacionales. Sin embargo, el TJUE ha rechazado esta alternativa, introduciendo directrices homogeneizadoras y fijando con ello unas líneas bastante rígidas sobre el trabajo y el descanso. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo considera que los Estados no tienen facultades para determinar de forma unilateral el sentido de dichos conceptos -tiempo de trabajo y período de descanso-, excluyendo su interpretación conforme a la normativa interna, para evitar variaciones en ámbito de aplicación²², precisándose directrices homogeneizadoras. En suma, el TJUE ha establecido que las definiciones de tiempo de trabajo y período de descanso tienen “un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión”²³.

31. Es evidente que el trabajo en la pesca está sometido a jornadas variables que fluctúan atendiendo a las necesidades del servicio, donde puede haber numerosos tiempos de espera, o extensiones de jornada. Así, lo dispuesto en tanto en la Directiva (UE) 2017/159, como en la Directiva 2003/88/CE, pretende dar acogida a estas circunstancias, con la flexibilidad que expresa en los preceptos que se han referido, intentando acomodar los parámetros de trabajo y descanso a la inestabilidad que puede ocasionarse durante una travesía. Sin embargo, los rígidos límites, las pautas unificadoras del TJUE, respecto

²⁰ Considerando (8) de la Directiva.

²¹ Entre otros, N.M. MARTÍNEZ YAÑEZ, “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”, en: J.M. MIRANDA BOTO (director), *El Derecho del Trabajo Español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cincá, pp. 411-437. También, C. ARAGÓN GÓMEZ, “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización”, *Revista de Información Laboral* núm. 9/2018, pp. 113-143.

²² STJCE 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, C-243/09, ECLI:EU:C:2010:609, apartado 32.

²³ STJUE 21 de febrero de 2018, *Matzak*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, apartado 45.

de los conceptos de tiempo de trabajo y períodos de descanso pueden incidir en la actividad pesquera²⁴ y, sin duda, impactarán sobre el registro de jornada. Por consiguiente, tras la exposición de la solución ofrecida por la normativa nacional, expondremos dicha problemática.

3. La regulación nacional sobre tiempo de trabajo a bordo de buques pesqueros

32. En lo atinente al marco nacional, el trabajo a bordo de buques, tanto pesqueros como mercantes, constituyen uno de los colectivos cuya regulación se encuentra recogida en el RDJE. La normativa establece disposiciones sobre el tiempo de trabajo, con un régimen particular de jornada y descanso, ya que precisa tener en consideración que la prestación se realiza en un lugar que, a su vez, se convierte en lugar de residencia del trabajador. Así, las particularidades de la prestación propiciaron que parte de la doctrina considerase la actividad pesquera como una relación laboral común con peculiaridades²⁵, tras su exclusión de las relaciones laborales especiales²⁶.

33. El RDJE determina un régimen particular para el trabajo en buques pesqueros y mercantes que, como hemos señalado respecto de las normas internacionales y de la UE, se caracteriza por la falta de claridad en sus previsiones, debido a la utilización de una terminología imprecisa y la presencia de vacíos normativos. En este caso, la regulación vigente, mantiene un tratamiento conjunto entre el trabajo a bordo de buques, mercantes y de pesca, aunque marca diferencias para algunas cuestiones²⁷.

34. Por otra parte, con carácter previo, hay que hacer constar que lo establecido en el propio Real Decreto respecto de la jornada no es de aplicación al “capitán o persona que ejerza el mando de la nave”, siempre que no estén obligados a realizar guardias. De hecho, el artículo 15 del RDJE establece que estarán regidos por sus cláusulas contractuales “en cuanto no configuren prestaciones que excedan notoriamente de las que sean usuales en el trabajo en la mar”. Sin embargo, no se les exceptúa de las normas sobre descansos, tal como figura en el artículo 18 a) del RDJE.

35. Como es visible, al hablar del tiempo de trabajo en el sector pesquero tenemos que partir, necesariamente, de la necesidad de acomodar el trabajo a las mareas y a las capturas, con diferencias muy señaladas dependiendo de que se trate de pesca de altura o de pesca de bajura. En todo caso, los límites entre el trabajo y el descanso a bordo son mucho más difusos a los que se ocasionan en actividades en tierra firme. Así pues, el obstáculo principal respecto del régimen de jornada es, indiscutiblemente, que el buque de pesca no responde a la dinámica de trabajo presente en otros sectores, cuya complejidad deviene de los numerosos factores que inciden en la prestación laboral²⁸. Por tanto, uno de los aspectos cruciales en la regulación del tiempo de trabajo es la diferencia entre la significación de los conceptos de “período de descanso”, “tiempo de trabajo efectivo” y “tiempo de presencia”, cuya regulación presenta interrogantes, respecto de su encaje en los términos de la Directiva 2003/88/CE. Todo ello dificulta el régimen de jornada a bordo, para que los pescadores se vean protegidos en cuanto a las medidas de limitación horaria²⁹.

36. Así, el RDJE, con carácter previo, hace una diferenciación entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, aplicable al transporte y al trabajo en el mar. Sin embargo, las definiciones que

²⁴ Recogiendo la evolución de la interpretación de la Directiva sobre tiempo de trabajo, vid. M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, “La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos”, en: J.M. MIRANDA BOTO, (dir.), *El Derecho del Trabajo Español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, pp. 363 y sig.

²⁵ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 23 ed., Madrid, Tecnos, pp. 500-501.

²⁶ Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.

²⁷ Incorporando una breve exposición de las modificaciones que ha sufrido las fuentes normativas, vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero” en: G. RODRÍGUEZ INIESTA (dir.) y F. ORTIZ CASTILLO (coord.), *Mar, trabajo y seguridad social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004, pp. 106 y ss.

²⁸ Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero”, cit., pp. 103-105.

²⁹ M. CORREA CARRASCO, *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, Madrid, Editorial CES, 2000, p. 106.

se recogen no parecen tener fácil encaje en la actividad pesquera. Respecto del tiempo de trabajo efectivo, se considera como tal “aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad”, para luego clarificar que supone la realización de “funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga”. En nuestra opinión, la mencionada disposición parece estar pensando en los transportes terrestres, o de forma tangencial en algunos supuestos de trabajo marítimo, pero no responde a las circunstancias del trabajo pesquero. Además, la duración máxima de la jornada ordinaria dispuesta en el Estatuto de los Trabajadores es de aplicación a este especial sector, lo que coincide con el tiempo de trabajo efectivo³⁰, salvo disposiciones más favorables en la negociación colectiva.

37. En segundo lugar, el RDJE hace referencia a lo que se entiende como tiempo de presencia, aquel en el que “el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Aunque el RDJE hace mención de que serán los convenios colectivos los que establecerán, además de los anteriores, los supuestos que se incluyen en el tiempo de presencia, sin que puedan exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, distribuyéndose en función de los criterios pactados colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad. De esta forma, la negociación colectiva identificará aquellos supuestos que conforman el tiempo de presencia³¹, y acordará su retribución o compensación en descanso equivalente³². En la práctica, los convenios colectivos no introducen como tiempo de presencia situaciones distintas de las expectativas de embarque, si bien, se trata de una cláusula de carácter salarial más que otra cosa, y sin que otras circunstancias, como las guardias, aparezcan en los instrumentos colectivos³³. Por otro lado, también se señala que los tiempos de presencia no computarán a efectos de duración máxima de la jornada ordinaria ni tampoco para el límite máximo de las horas extraordinarias.

38. La jornada máxima diaria igualmente figura dentro del articulado del RDJE expresando que no podrá ser superior a doce horas incluyéndose en este cómputo las horas extraordinarias, tanto si el buque está en puerto o en el mar. Así, se amplía la jornada sobre lo expuesto en el artículo 34.3 del ET que determina que el límite diario será de nueve horas salvo que, por convenio colectivo o, en caso de ausencia de este, por acuerdo con los representantes de los trabajadores se estableciese otra distribución, siempre con respeto al descanso entre jornadas.

39. Por otra parte, el RDJE prevé una serie de circunstancias que justifican la prolongación de la jornada “por el tiempo que resulte necesario”. Considerando causa justificativa la fuerza mayor, siempre que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque, de las personas o la carga a bordo, así como, el socorro a otros buques o personas que corran peligro en alta mar.

40. Del mismo modo se aluden otras causas de extensión del tiempo de trabajo, pero sometidas a limitaciones. Se trata de supuestos de apremiante necesidad en los que se precise proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante, o bien cuando se requiera la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o en aquellas maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y

³⁰ Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero”, cit., p. 121.

³¹ Vid. J.L. GARCÍA NINET, y F.J. ARRIETA IDIÁKEZ, “El tiempo de la prestación de trabajo en el sector pesquero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 60, 2021, pp. 119-121. Un completo análisis de la negociación colectiva en general, y del tiempo de trabajo en particular, en “Tiempo de Trabajo” en: J. CRUZ VILLALÓN (dir.), *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009, pp. 206-210.

³² Respecto del tiempo de presencia, el RDJE hace especial referencia a que su retribución no será inferior al de las horas ordinarias. Puede acordarse su compensación con períodos de descanso equivalente retribuido.

³³ M. CORREA CARRASCO, *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, cit. pp.114-116.

fondeo que precisen de la atención debida. En estos casos, al igual que se recoge en las normas internacionales, la jornada total resultante no podrá exceder de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días.

41. Anteriormente se ha señalado que la pesca se caracteriza por jornadas largas de enorme irregularidad, donde es difícil concretar ni su comienzo ni la finalización, donde confluyen tiempos de presencia o se disfruta de descansos reducidos, siempre en torno a las capturas. Sin embargo, esto no ha dado lugar a un número superior de horas extraordinarias al año, sino que sus límites serán los mismos recogidos en el texto estatutario y, por consiguiente, no superiores a 80 horas anuales. Ahora bien, el tiempo de presencia no habrá de computarse dentro este límite máximo³⁴.

42. Las horas extraordinarias podrán compensarse, tal como establece el texto estatutario, mediante retribución en una cuantía no inferior al valor de la hora ordinaria o mediante descanso compensatorio retribuido, según se pacte en convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual. Tal como dispone el ET, en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso en los cuatro meses siguientes a su realización, siendo esta la fórmula más adecuada para reducir en parte la fatiga de pescadores. En este orden de cosas, el RDJE dispone que empresas y tripulantes podrán llegar a un acuerdo -un acuerdo de empresa- para la liquidación de las horas extraordinarias, siempre respetando lo pactado en convenio colectivo. Estas disposiciones afectarán tanto a las horas extraordinarias obligatorias como a las voluntarias. Significativamente, los convenios colectivos del sector parecen optar tanto por la retribución como por el descanso³⁵.

43. También habremos de tener en cuenta lo dispuesto en el RDJE sobre el trabajo nocturno y los trabajadores nocturnos. Así, en primer lugar, se recoge una medida protectora para los menores de 18 años, entendiéndose que para ellos el período de trabajo nocturno será el realizado entre las diez de la noche y las siete de la mañana y, por tanto, aumentando una hora lo establecido en el ET. En segundo lugar, en cuanto a los pescadores que fuesen considerados trabajadores nocturnos, el artículo 32 del RDJE permite que tengan una jornada superior a lo dispuesto en el artículo 36 ET. A tal efecto, en los supuestos de extensiones de jornada que hemos señalado -capítulo II RDJE- podrán realizar una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses e incluyendo horas extraordinarias. No obstante, introduciendo mayor complejidad al asunto, se vuelve a realizar una excepción de la excepción. De hecho, los instrumentos colectivos podrán ampliar el mencionado período de referencia hasta un máximo de seis meses. Otras circunstancias que pueden producirse a bordo y que justifican, igualmente, la extensión de la jornada será la necesidad de prevención y reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes junto con el trabajo a turnos, aunque en estos casos el período de referencia que se aplicará será de cuatro semanas. En todo caso, cuando la ampliación de la jornada se materialice mediante la realización de horas extraordinarias, cualquiera que sea la fórmula de compensación, deberá reducirse la jornada de los afectados en los días subsiguientes hasta alcanzar el referido promedio en el período de referencia correspondiente.

44. El régimen de los descansos, o tiempo en el que el trabajador está libre de todo servicio, está sometido, igualmente, a especialidades. Sobre este particular, el RDJE permite reducirlo el descanso intrajornada de las doce previstas en el ET a diez, compensando las diferencias hasta las doce preceptivas en períodos de hasta cuatro semanas. Adicionalmente, el artículo 17.3 del RDJE permite flexibilizar aún más estos límites, puesto que siempre que haya un descanso continuado de seis horas como mínimo, el convenio colectivo podrá fraccionarlo en dos períodos, cuyo intervalo no será superior a catorce horas.

³⁴ Siempre que se trate de un contrato a jornada completa puesto que, si fuese un contrato a tiempo parcial, habremos de estar a lo establecido por el artículo 12.4 c) ET que no permite la realización de horas extraordinarias.

³⁵ Es preciso señalar que en algunos casos la retribución se concreta en función del lugar donde el buque faene o un porcentaje sobre el importe bruto de las capturas, en torno al sistema de retribución a la parte. Sobre ello, describiendo los contenidos negociados en los distintos convenios colectivos de aplicación, vid. J.L. GARCÍA NINET Y F.J. ARRIETA IDIAKEZ, "El tiempo de la prestación de trabajo en el sector pesquero", cit., pp. 132-137.

Esta medida, concordante con la dispuesta en la normativa tanto internacional como de la UE, permite que la jornada del pescador tenga un carácter especialmente penoso e intensivo³⁶.

45. Ahora bien, aunque la recuperación del descanso, en principio, habrá de realizarse en cuatro semanas, con una nueva vuelta de tuerca se permite que los convenios colectivos puedan ampliar el período de referencia anteriormente señalado, hasta un máximo de ciento ochenta días. En este sentido, parte de la doctrina considera un reconocimiento implícito del legislador de que se trata del período normal de embarque pactado, sobre el que se articula el régimen y extensiones de la jornada³⁷.

46. Finalmente, también el convenio colectivo cabe que autorice que, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, la totalidad o parte de los descansos compensatorios debidos por las reducciones que hemos señalado, puedan acumularse junto a las vacaciones anuales, aunque solo por las horas no dispuestas desde las diez mínimas hasta las doce preceptivas, para evitar acumulaciones excesivas que finalmente hubieran de ser compensadas en metálico ante la imposibilidad de su disfrute.

47. Respecto de los descansos semanales el RDJE mantiene los mismos parámetros dispuestos en el ET. Así, el descanso es de día y medio y se aplica a todos los trabajadores a bordo, incluido el capitán o quien ejerza el mando de la nave³⁸. Sin embargo, el período de referencia para hacerlo efectivo es superior al estatutario, ya que será de cuatro semanas consecutivas, pudiendo los convenios colectivos ampliar dicho período hasta un máximo de ciento ochenta días. Asimismo, el artículo 18 RDJE prevé que, si finaliza el período de embarque sin que el pescador haya disfrutado la totalidad de los días que correspondan, podrán sumarse al período vacacional según lo que se hubiera pactado en convenio colectivo, o bien, hacerlos efectivos cuando el buque permanezca en puerto de forma prolongada por reparaciones u otras causas.

48. Por otro lado, siempre que se garantice el disfrute de al menos uno de los días de descanso semanal se permite, mediante pacto en convenio colectivo, la compensación del medio día restante con retribución, siempre que su valor sea como mínimo el de las horas extraordinarias y con un límite máximo: que no exceda de la mitad de los días restantes no disfrutados. Del mismo modo, podrán compensarse en metálico los días de descanso pendientes, aunque estuviese el buque en puerto, cuando pudiese originarse por dicha causa graves perjuicios, no derivados de la escasez de plantilla.

49. Una última previsión se añade a las anteriores, que parece tener en cuenta la dureza de las jornadas, aunque derivada de lo dispuesto en la normativa internacional, como es que los ejercicios periódicos tales como lucha contra incendios y abandono que impongan las normas nacionales e internacionales deberán realizarse de forma que perturben lo menos posible los tiempos de descanso y no provoquen fatiga.

50. No obstante, hemos de señalar la dificultad de encajar la jornada anteriormente expuesta, en particular lo atinente al tiempo de presencia, con lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE. Como hemos apuntado, el TJUE, en varios pronunciamientos, ha intentado clarificar las zonas grises que se derivan de los términos de tiempo de trabajo y período de descanso de la Directiva, instituyendo que “constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”³⁹. El TJUE estima que “sólo una inter-

³⁶ Compartiendo esta opinión vid. J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Las jornadas especiales de trabajo*, Madrid, Ed. Aranzadi, 1998, p. 225, donde afirma que “pueden darse situaciones de realización de hasta dieciocho horas diarias de trabajo, a salvo el límite de horas semanales de trabajo que se haya pactado”.

³⁷ J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *ibidem*, p. 226. Reproduciendo este argumento, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La ordenación del tiempo de trabajo en el sector marítimo-pesquero”, cit., p. 129.

³⁸ Aunque como hemos referido no estará sometido al régimen especial de jornada descrito.

³⁹ STJUE 1 de diciembre de 2005, *Dellas*, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728, apartado 44, así como, en el Asunto *Jaeger*, cit. apartado 58.

prestación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros”⁴⁰.

51. Adicionalmente, hay que destacar que la Directiva 2003/88/CE diferencia los conceptos de trabajo y descanso, sin atender a categorías intermedias, establece líneas rígidas a la jornada, por lo que parece estar pensando en un “modelo productivo de tipo fabril en el que la prestación se ejecutaba en el centro de trabajo, de modo que su abandono al final de la jornada daba lugar a un tiempo de descanso sin fisuras”⁴¹. Así, la interpretación del Tribunal de Justicia a la hora de calificar el tiempo de presencia como tiempo de trabajo considera que “entre los elementos peculiares del concepto de «tiempo de trabajo» a los efectos de esta Directiva, no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste”⁴², “sino que está únicamente en función de la obligación que tiene dicho trabajador de mantenerse a disposición de su empleador”⁴³.

52. El Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado esta interpretación abordando, en varias ocasiones, la consideración de las guardias, tanto presenciales como localizadas. Y, sobre este particular, ha resuelto que no solo constituyen tiempo de trabajo las guardias que se realizan en el lugar de trabajo, de carácter presencial⁴⁴, aunque el trabajador estuviese descansando si no era necesario prestar el servicio⁴⁵, sino también aquellas en las que el trabajador se encontrase físicamente en otro lugar, donde pudiese prestar sus servicios de forma inmediata por necesidades imprevistas⁴⁶. De esto se desprende la problemática de la determinación del tiempo de trabajo de los pescadores, cuyas circunstancias singulares no parecen ajustarse a una directiva generalista como es la Directiva 2003/88/CE, cuestiones que no ha resuelto la Directiva (UE) 2017/159.

53. En suma, se manifiesta una discordancia entre los términos establecidos en el RDJE y los de la Directiva 2003/88/CE. Podemos afirmar que se conforma un régimen especialmente flexible y complejo de excepciones constantes para adecuar el tiempo de trabajo a las necesidades de la pesca, un tetrís endemoniado que permite monetizar el tiempo de descanso y contribuye a mantener un sistema de jornadas agotadoras que propician la fatiga de las tripulaciones. A mayor abundamiento, es especialmente significativo que la negociación colectiva del sector presente una escasa actualización. Consecuentemente, esto confirma que los contenidos de los instrumentos colectivos no ofrecen las respuestas que precisan las especificidades del sector pesquero⁴⁷.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”, cit., p. 417.

⁴² STJUE 1 de diciembre de 2005, *Dellas*, C-14/04, apartado 43.

⁴³ Ibidem, apartado 58.

⁴⁴ STJUE 3 octubre de 2000, *Simap*, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528.

⁴⁵ STJUE 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437. El Tribunal identificaba tres exigencias para considerar la existencia de tiempo de trabajo, la permanencia en el trabajo, a disposición del empleador y en ejercicio de su actividad o funciones, siendo necesaria la concurrencia de solo dos de los requisitos para entender que existía tiempo de trabajo.

⁴⁶ STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82. Sobre el impacto de la sentencia *Matzak*, puede consultarse, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”, cit., pp. 411-437. También, C. ARAGÓN GÓMEZ, “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto *Matzak*, relativa a las guardias de localización”, *Revista de Información Laboral* núm. 9/2018, pp. 113-143.

⁴⁷ Con enorme detalle sobre los contenidos de los distintos convenios colectivos en relación con la jornada, vid. J.L. GARCÍA NINET/ F.J. ARRIETA IDIÁKEZ, “El tiempo de la prestación de trabajo en el sector pesquero”, cit., pp. 104-170. Un completo análisis de la negociación colectiva en general, y del tiempo de trabajo en particular, en AA.VV., “Tiempo de Trabajo”, en: J. CRUZ VILLALÓN (dir.), *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 91, 2009, pp. 201-246.

III. La particular situación de la pesca tras el Real Decreto-ley 8/2019: un conflicto no resuelto

54. Tal como se ha señalado, la problemática sobre el control del tiempo de trabajo parecía quedar resuelta tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019. La norma introduce la obligación a las empresas de consignar el registro diario de la jornada, con la finalidad “de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” y “combatir la precariedad laboral”⁴⁸. En efecto, el Real Decreto-ley 8/2019 dispone la obligatoriedad de un sistema diario de control que “se computará de modo que, tanto al comienzo como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”.

55. De esta forma, el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019, incorpora un nuevo apartado en el artículo 34 ET, en el que se hace constar que “la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”, aunque reconociendo el derecho a la flexibilidad horaria que se establece en este mismo artículo. Por otro lado, también se refiere que la organización y documentación del mencionado registro de jornada se determinará “mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa” que, en su ausencia, establecerse por “decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa”. Por último, se instituye una obligación a la empresa de conservación de los registros durante cuatro años, quedando a disposición tanto de las personas trabajadoras y sus representantes legales, como de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

56. No obstante, uno de los problemas que se suscita al hilo de la implantación del registro horario es la indeterminación de la norma, cuyo contenido, al no haberse producido desarrollo de esta disposición, viene complementado por el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 101/2019, para la realización de las actuaciones inspectoras de registro de jornada⁴⁹. La justificación de este Criterio Técnico se sustenta en la necesidad de establecer mecanismos de control sobre el tiempo de trabajo que permita, tanto a la Inspección de Trabajo como a los propios trabajadores, controlar y acreditar en un juicio la vulneración de las normas sobre tiempo de trabajo, especialmente las horas extraordinarias y el exceso de la jornada.

57. El objetivo del Real Decreto-ley 8/2019 es el control del tiempo de trabajo, estableciendo una regla general, aunque admitiendo particularidades a decisión del “Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”. Así pues, se “podrá establecer (...) especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran”. No se trataba de la primera vez que se instituía una obligación expresa y particular de registro de jornada, puesto que ya se computaba el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial⁵⁰ y en algunas actividades de transporte, que contaban con registros *ad hoc*⁵¹. E, igualmente, se excluían algunos colectivos de dicha obligatoriedad como al personal de alta dirección⁵².

⁴⁸ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2019.

⁴⁹ Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 101/2019, para la realización de las actuaciones inspectoras de registro de jornada regulado en el artículo 34.9 del ET, con sello de fecha de salida el 10 de junio de 2019.

⁵⁰ Vid. artículo 12.4 c) ET.

⁵¹ Afectando a trabajadores móviles del transporte por carretera, marina mercante, ferroviarios y los trabajadores en un marco de servicios transnacional. Artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional) y artículos 10.5 bis, 18 bis y disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

⁵² Además de aquellos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores como los trabajadores autónomos, los trabajadores autónomos económicamente dependientes o los empleados públicos en régimen funcional y eventual. Sobre ello, vid. M.J. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, “Registro de Jornada y Control Horario”, en: S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, núm. 62, pp. 225-226.

58. En otro orden de cosas, la disposición no determina una modalidad concreta para la llevanza de este registro. Esto es así puesto que, salvo disposición a tal efecto en la negociación colectiva, podrá pactarse la realización mediante aplicaciones informáticas, papel, ordenador, u otras fórmulas, como el sistema de fichaje, etc. En cualquier caso, la puesta en práctica de cualquier método que permita el control del tiempo de trabajo constituye una obligación del empleador que para ello puede estar asistido por quien en el delegue, incluso con participación del trabajador, tal como se refiere tanto en el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo como en la Guía del Ministerio sobre registro de la jornada de 13 de mayo de 2019.

59. Ante esas circunstancias, el sector pesquero consideró que no cabía aplicarles las disposiciones sobre registro horario⁵³ y, a tal efecto, presentó un informe a la Secretaría de Empleo y a la Dirección General de Trabajo respecto de su posible exención, conforme a varios argumentos. En primer lugar, esgrimían la normativa internacional, puesto que la Directiva 2003/88 en su artículo 21 disponía que no se aplicaría a los trabajadores que ejerzan su actividad a bordo de buques de pesca marítima que enarbolasen pabellón de un Estado miembro lo atinente al descanso diario y semanal, la duración del tiempo de trabajo semanal, las pausas y el trabajo nocturno. En segundo lugar, atendiendo a la normativa interna, ya que tal como se recogía en el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2019, no había de imponerse el registro de forma indiscriminada, sino cuando era preciso para garantizar el respeto del tiempo de trabajo, en línea con lo señalado por la STJUE de 14 de mayo de 2019 que tampoco generalizaba la obligación de establecer el registro de jornada. Por último, se insistía en que el Real Decreto 1561/1995 no exigía el control del tiempo de trabajo a los buques de pesca, sino únicamente a los de la marina mercante, al igual que se determinaba en el Convenio sobre Trabajo Marítimo de 2016 de la OIT y la Directiva 1999/95/CEE.

60. Los argumentos señalados no fueron atendidos por la Dirección General de Trabajo que contestó, mediante escrito de 26 de julio de 2019, rechazando la solicitud del sector pesquero alegando que el artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995, sobre control del tiempo de trabajo en la marina mercante, tenía su origen en el Convenio 180 OIT, que preveía en su artículo 1.2 la posibilidad de aplicarlo a los buques de pesca. Por otra parte, consideraba que “no hay sectores o actividades exentos de la obligación del registro del tiempo de trabajo, sino sectores o actividades que ya disponen de una regla específica aplicable para el control del tiempo de trabajo”, haciendo referencia a la misma STJUE, donde se establecía la universalidad del registro de jornada, sin perjuicio de que los criterios concretos deban y puedan adaptarse a las condiciones y tipologías de los distintos sectores de actividad. Por tanto, entendía que la inexistencia de normas específicas sobre registro de jornada ocasionaba que se aplicase la regla general, dispuesta en el artículo 34.9 del TRLET.

61. Sin embargo, por distintas razones, consideramos que la implantación de un registro horario en la pesca constituye un desafío. En primer lugar, por la imprecisión de la norma. Tal como apuntaba el artículo 34 ET, habrá de llevarse un registro “diario” que refleje “el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. Esto supone que cada día habrán de consignarse las horas en las que el pescador preste servicios, como señala el Criterio Técnico 101/2019, sin que sea suficiente la transcripción del calendario laboral o el horario, que puede no corresponderse con la realidad productiva. Ahora bien, el texto legal únicamente habla del inicio y la finalización, por lo que la problemática que se plantea de forma más evidente es el alcance del registro, especialmente cuáles serán los aspectos que deben hacerse constar⁵⁴. Cabría preguntarse si las pausas o interrupciones han de incluirse y de qué forma, lo que puede ser determinante a los efectos de las limitaciones horarias en la pesca.

⁵³ La petición se presentó por las asociaciones del sector de la pesca: CEPESCA, UNACOMAR y FNCP. Sobre estos hechos vid. J.L. GARCÍA NINET y F.J. ARRIETA IDIÁKEZ, “El tiempo de la prestación de trabajo en el sector pesquero”, cit., pp. 130-131.

⁵⁴ Vid sobre esto el comentario del prof. J. GARCÍA BLASCO, “Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo”, en: F.G. GÁRATE CASTRO (dir.), Y. MANEIRO VÁZQUEZ (dir.), J.M. MIRANDA BOTO (ed. lit.), L. GIL OTERO (ed. lit.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 656-660.

62. Y en esa línea parece apuntar el Criterio Técnico 101/2019 que destaca que “sería conveniente que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo”, para a continuación referir que “el sistema implantado ha de ser objetivo y fiable”. En todo caso, aunque el Criterio Técnico habla de conveniencia y no obligatoriedad, y el ET no indica mayor detalle, es visible que se precisa un cómputo preciso para evitar que todo el período que pudiese transcurrir entre el momento de inicio y de finalización de la jornada fuese considerado tiempo de trabajo. Pero, a mayor abundamiento, la reciente Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁵⁵, también considera que la imprevisión de la actividad pesquera da lugar a que los trabajadores no hayan de ser informados sobre ciertos aspectos. Así, el artículo 1.8 de la Directiva excluye a los pescadores de recibir la información sobre todas aquellas cuestiones que se derivan de prestar servicios mediante un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, lo que supone que no tendrán que ser informados por los empleadores sobre las horas y días de referencia en los que se les podrá convocar para trabajar, del período mínimo de aviso previo al comienzo del trabajo y del número de horas pagadas garantizadas. En suma, parece consagrar la enorme imprevisión a la que se ven sometidos los trabajadores a bordo de buques pesqueros que compagina mal con un control horario genérico.

63. En segundo lugar, otra de las razones que complican la implantación del registro va anudada a lo anterior. Así, habrá de ser la negociación colectiva o los acuerdos de empresa los que determinen, en la forma de organización y documentación del registro, como habrán de considerarse “las interrupciones, pausas o flexibilidad del tiempo de trabajo”. Aquí surge, de nuevo, un obstáculo con respecto a la pesca. En efecto, la negociación colectiva del sector pesquero adolece de un escaso dinamismo, sin que los convenios colectivos tengan carácter reciente. De hecho, no existe un convenio sectorial de aplicación general, los convenios provinciales y locales tienen ámbitos de aplicación funcional limitados y su antigüedad ocasiona que sus contenidos se encuentren desactualizados⁵⁶. Ahora bien, la disposición estatutaria ofrece otra alternativa para el supuesto de que no exista previsión en convenio o acuerdo de empresa, ya que podrá implantarse el registro por decisión empresarial, previa consulta con los representantes de los trabajadores. Sin embargo, esta previsión también resulta un desafío, ante la dificultad de negociar con representantes en un ámbito donde la implantación de la representación es compleja por su singularidad y presenta una “carencia preocupante de representantes de los trabajadores”⁵⁷. Son visibles las dificultades para fijar un sistema adecuado de registro de jornada.

64. En tercer lugar, aunque no menos importante, también ha de considerarse otro elemento que se deriva de las tradicionales circunstancias en las que se desenvuelve la pesca donde, además de la problemática para consignar en la práctica el tiempo de trabajo y el descanso, en numerosas ocasiones el sistema de retribución de articula en torno a las capturas, siguiendo un régimen denominado “a la parte”. Estos hechos, de forma indirecta, incentivan tanto los excesos en el tiempo de trabajo⁵⁸, como la ausencia de la consignación de dichos tiempos para evitar posibles sanciones empresariales o, sencillamente, por considerar que dicho registro es más una molestia que una ventaja real.

⁵⁵ DOUE L 186, de 11 de julio de 2019.

⁵⁶ M. REVUELTA GARCÍA, “La negociación colectiva en el sector pesquero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 60, 2021, pp. 245 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 251.

⁵⁸ M.I. RIBES MORENO, “Remuneración de los pescadores: Artículos 23 y 24”, en: X.M. CARRIL VÁZQUEZ (coord.); P. CHAUMETTE (dir.); O. FOTINOPOULOU BASURKO (dir.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188, sobre el Trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo: ¿están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, cit. pp. 193-212. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, “Algunhas das especificidades máis problemáticas do traballo no mar realizado a bordo de embarcacións pesqueiras”, *Revista galega de economía: Publicación Interdisciplinar da Facultade de Ciencias Económicas e Empresariais*, vol. 15, Nº. 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: O sector pesqueiro. presente e perspectivas), pp. 87-100. Abordando la problemática de esta modalidad retributiva vid. M.I. RIBES MORENO, “La incidencia del salario “a la parte” sobre la Seguridad Social” en: E. GARRIDO PÉREZ y C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO. (coords); M.C. AGUILAR GONZÁLEZ.; M.J. CERVILLA GARZÓN, C. FERRADANS CARAMÉS; T. GUERRERO PADRÓN; C. JOVER RAMÍREZ y M.I. RIBES MORENO (dirs.), *Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional*, 2017, págs. 133-148.

65. Por último, se evidencia otro impedimento añadido, habida cuenta la enorme complejidad de la calificación del trabajo a bordo, aunque cabe apreciar diferencias en la práctica en función del tipo de pesca, significándose la pesca de altura por su permanencia en alta mar durante períodos largos de tiempo y la de bajura y/o artesanal por la posibilidad de pernoctar en tierra firme, pero con impacto en el tiempo de trabajo y descanso. Así, respecto de la pesca de altura puede apreciarse que, por razones obvias, el pescador tiene su domicilio en el buque o lugar de trabajo durante el período de embarque. Ello conlleva que se encuentre a disposición del empleador para prestar servicios en caso de necesidad, lo que contribuye o puede contribuir a dificultar el descanso, sucediendo con cierta frecuencia. Por otra parte, es visible que existen numerosos tiempos de espera, también en la pesca de bajura, en función de las necesidades propias de la pesca, desde la posible expectativa de embarque, como por razones de espera, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares con consideración especial en el RDJE, y que pueden concretarse en la negociación.

66. En este sentido, el encaje de los conceptos tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia y períodos de descanso tal como se dispone en el RDJE, parece no tener acomodo conforme a lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE, aspectos que habrán de recogerse en el registro horario y que no se ven afectados por lo establecido en la Directiva (UE) 2017/159. Por consiguiente, esta cuestión habrá de tenerse en cuenta y valorar cómo se consigna en el registro horario, constituyendo otro obstáculo en la determinación del tiempo de trabajo de los pescadores. Sin duda, evidenciando las dificultades de aplicación de la Directiva 2003/88/CE y la Directiva (UE) 2017/159 a nuestro régimen nacional, tal como está dispuesto en el RDJE.

67. Por tanto, ¿cómo hemos de registrar el tiempo de presencia en la pesca? La solución no es sencilla. Consideramos que el tiempo de presencia es tiempo de trabajo, ya que el pescador está a disposición del empleador, por tanto, se trata de un período distinto del descanso o las pausas y, por ello, debe estar retribuido. Si bien, por otra parte, también es un tiempo que podríamos calificar como no productivo, aunque necesario y útil para obtener el objetivo de la prestación, diferente del trabajo que se presta mediante horas extraordinarias, que cuenta con limitaciones distintas al tiempo de trabajo efectivo en el RDJE.

68. En este sentido, la solución podría derivarse de una eventual modificación del Convenio 188 de la OIT, a fin de completar sus disposiciones sobre tiempo de trabajo a bordo de buques de pesca y la introducción de mecanismos adecuados de control. Esta actuación permitiría que contase con una normativa específica, conforme a parámetros propios y con un diseño de registro de jornada acomodada a estas disposiciones. Parece previsible que una modificación en el Convenio 188 daría como resultado una actuación de los agentes sociales dirigida a acoger sus contenidos en el acervo de la Unión mediante una directiva, tal como se ha hecho con la Directiva (UE) 2017/159, y como anteriormente se había producido con el Convenio de Trabajo Marítimo de la OIT y sus modificaciones, Directiva 2009/13/CE del Consejo de 16 de febrero de 2009 por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE⁵⁹. Dicha posibilidad figura en el artículo 37.1 de la Directiva (UE) 2017/159 que dispone que “cualquier modificación de las disposiciones del Convenio, y siempre que lo solicite una de las Partes en el presente Acuerdo, se procederá a la revisión de la aplicación del Acuerdo y sus anexos”. En ese caso, toda revisión de la Directiva precisaría de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, solucionando previsiblemente la problemática anteriormente apuntada.

69. De esta manera, la regulación del tiempo de trabajo en la pesca sería comparable a otras actividades, particularmente en el transporte, cuyas especiales disposiciones ofrecen un tratamiento singular, e incorporan mecanismos de control del tiempo de trabajo. Así, la Directiva 2002/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, Ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan

⁵⁹ DO L 124 de 20 de mayo de 2009.

actividades móviles de transporte por carretera⁶⁰, diferenciando el tiempo de trabajo, los tiempos de pausa, tiempo de descanso o tiempo de disponibilidad⁶¹, con un régimen particularizado de control⁶². Igualmente, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea que refiere los tiempos de espera, aunque sin hacer referencia a su significación, sino a su inclusión en el tiempo de trabajo, y manifestando parámetros distintos sobre el tiempo de vuelo. Del mismo modo, la Directiva 2014/112/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014 por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF)⁶³, refleja la necesidad de control del tiempo de trabajo con arreglo a sus disposiciones particulares⁶⁴. E igualmente, la Directiva 1999/63/CE, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST)⁶⁵, así como, la Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. En suma, todas ellas diseñan su jornada conforme a las necesidades del servicio y adecúan a éste el régimen de control horario.

70. A la vista de lo expuesto, cabe pensar que en las circunstancias actuales la implantación de un registro horario en la pesca supone un reto complicado, aunque necesario. Es preciso insistir que los pescadores también tienen el derecho a trabajar en condiciones de seguridad y salud, limitando su tiempo de trabajo y garantizando el descanso, pero habrá de valorarse la oportunidad de determinar un régimen de jornada y un control horario conforme a sus particularidades. En definitiva, quizá los rígidos contornos establecidos por la Directiva 2003/88/CE que impactan en la Directiva (UE) 2017/159 no permiten regular la realidad de este sector, donde la jornada cuenta con una enorme flexibilidad, anudada a sus circunstancias productivas y su singularidad, por lo que se precisa una regulación dirigida a la actividad laboral marítimo-pesquera.

IV. A modo de conclusión

71. El control del tiempo de trabajo ha sido un tema extremadamente complejo y delicado en cuanto a su regulación jurídica. De hecho, la sentencia del TJUE en el asunto C-55/18, Federación de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E., de 14 de mayo de 2019, interpretando el alcance de la Directiva 2003/88/CE ha generado cierta polémica en España. Así, estableció que resultaba necesario instituir el deber general de registro de la jornada, si bien, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada sector, sus especificidades, para determinar los criterios y forma de aplicación del registro. Incluso admitiendo la eventual introducción de excepciones en el control horario por la especialidad de la jornada o su indeterminación previa.

72. En consonancia con lo anterior, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo diario, conforme a la Directiva 2003/88/CE y la sentencia anotada, para garantizar el cumplimiento de los límites

⁶⁰ DO L80 de 23 de marzo 2002.

⁶¹ Considerando 10 de la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo.

⁶² Junto a la Directiva 2006/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos (CE) núm. 561/2006 y (UE) núm. 165/2014 y la Directiva 2002/15/CE en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo, conforman el tiempo de trabajo y su control, DO L 102, de 11 abril de 2006.

⁶³ DO L 367 de 23 de diciembre de 2014.

⁶⁴ Incluyendo como debe contabilizarse el principio y fin de los tiempos diarios de trabajo y descanso.

⁶⁵ DO L 167 de 2 de julio de 1999.

en materia de jornada, el derecho al descanso y la protección de la salud laboral. La norma, de reciente andadura, presenta lagunas, descansando en la negociación colectiva la determinación de aspectos imprescindibles para su correcto funcionamiento. Sin duda, se precisa de un desarrollo reglamentario que despeje posibles incertidumbres aplicativas, sin que se haya llevado a cabo hasta la fecha.

73. Pero sucede, además, que a diferencia de lo que se recogía en el pronunciamiento del TJUE, la norma se aplica a nivel general, presentando pocas excepciones, que se concretan en torno a colectivos que tienen reglas específicas para el control, como sucede en algunas actividades del transporte. En este escenario, la situación que presenta el sector pesquero, al que no se ha excluido, es cuanto menos controvertida y ha puesto de relieve las carencias que se generan al aplicar preceptos de una directiva general, como es la Directiva 2003/88/CE, a una actividad que cuya limitada regulación sobre tiempo de trabajo, presente en la Directiva (UE) 2017/159, no atiende a todas sus especiales necesidades.

74. La pesca es una rama de la actividad económica donde no han impactado las transformaciones operadas en los modernos procesos de producción, que mantiene elementos tradicionales. La regulación del tiempo de trabajo en la pesca, no solo en el marco internacional, sino también en el nacional, se concreta en función de las necesidades de la actividad extractiva, cuyos límites -tanto en el trabajo como en el descanso-, están sometidos a exclusiones de diverso signo. Todo ello configura un rompecabezas cuyas piezas requieren de un cuidadoso encaje y que no parece acomodarse a lo establecido en las Directivas anotadas.

75. El trabajo en la pesca se desempeña con cierta incertidumbre, sin que pueda ofrecerse una información anticipada e invariable respecto del programa de servicios en alta mar, condicionado por las circunstancias propias de las capturas pesqueras, lo que dificulta también la presencia de registros sobre el tiempo de trabajo. Ahora bien, esto no supone que los pescadores no tengan el derecho a trabajar en condiciones de seguridad y salud. Tampoco que no haya de limitarse su tiempo de trabajo y garantizar el descanso, sino que su particular régimen de jornada, dotado de enorme flexibilidad, habrá de mantener un diseño con líneas propias.

76. En nuestra opinión, actualmente la normativa internacional, la de la Unión Europea y nacional no son suficientes para garantizar el desempeño de la actividad pesquera en condiciones de seguridad y salud, no se consigue limitar la fatiga de las tripulaciones, sus disposiciones son muy escasas e imprecisas. No en vano es calificada como una de las actividades más peligrosas que existen. Sin embargo, la pesca ha evidenciado desde siempre un olvido por parte del legislador y de los agentes sociales, un colectivo cuya realidad parece estar invisibilizada. Y esto resulta especialmente significativo en el caso de la jornada, habida cuenta que la regulación tanto en el marco de la Unión, como en España pretende compatibilizar la irregularidad de la prestación, mediante amplias excepciones.

77. A tal efecto, cabe preguntarse: ¿es adecuado implantar un control horario en los buques de pesca? La respuesta no puede ser otra que afirmativa, pero matizada, atendiendo a una normativa específica sobre tiempo de trabajo y su control. Un sistema de control horario que no considere las intermitencias y particularidades del sector pesquero tendrá un enorme impacto negativo, habida cuenta la complejidad que reviste el vigente régimen de jornada del RDJE en relación con los términos de la Directiva sobre tiempo de trabajo.

78. En definitiva, de lo expuesto se desprende la necesidad de acometer una tarea reguladora a nivel internacional, que permita la prestación de servicios con unas condiciones de trabajo dignas, aunando la flexibilidad necesaria. No es suficiente con el contenido de la Directiva (UE) 2017/159 sobre trabajo y descanso, esto es así, especialmente en una actividad donde las rígidas líneas sobre trabajo y descanso instituidas por la Directiva 2003/88/CE no son aplicables a la realidad de la pesca. Y que al no contar con otras normas propias se evidencia la necesidad de adecuar lo establecido en ella a nuestra norma nacional.

79. Es visible lo imperativo de una actuación legislativa, para lo que consideramos que el camino más adecuado sería acometer la modificación del Convenio 188, en lo atinente al régimen de jornada y descansos, que propiciaría la posterior incorporación al acervo normativo de la Unión Europea. Así, tal como figura en el propio articulado de la Directiva (UE) 2017/159, las modificaciones del Convenio, siempre que lo solicite una de las Partes del Acuerdo, dará lugar a su revisión. Y, como es preceptivo, ello ocasionará la transposición a nuestra normativa interna, para su adecuación a las normas de la UE.

80. En conclusión, no cabe sino manifestar la urgencia de que los gobiernos y los agentes sociales consideren la necesidad de regular adecuadamente el tiempo de trabajo de los pescadores. Es un sector vulnerable. Se precisa, por tanto, de una mejora de sus condiciones de vida y trabajo atendiendo a su carácter transnacional. Confiemos que así sea.

Aplicación del foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103, sobre régimen económico matrimonial, cuando el proceso de divorcio finalizó hace tiempo. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 7 de octubre de 2021

Application of the forum of accumulation of article 5 of Regulation 2016/1103, on matrimonial property regimes, when the divorce proceedings were finalised some time ago. On the judgment of the Provincial Court of Orense of 7 October 2021

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 11.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7205

Resumen: En el presente trabajo vamos a analizar el foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103. Esta norma regula la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones en materia de régimen económico matrimonial. En el precepto mencionado, el legislador europeo recoge la acumulación de la competencia en materia de relaciones económicas de los cónyuges ante los tribunales del Estado parte con competencia en materia de crisis matrimonial; siempre que haya conexión entre ambas cuestiones. En la SAP de Orense, de 7 de octubre de 2021, se plantea la duda de la operatividad de este foro en casos en los que el procedimiento sobre la ruptura del vínculo conyugal ha concluido hace años cuando se presenta la cuestión de régimen económico matrimonial. El órgano jurisdiccional considera que el foro de acumulación sólo puede utilizarse cuando se encuentre abierto el proceso de crisis matrimonial. Hay otros autores, en cambio, que interpretan que podría aplicarse sin necesidad de que ambos procedimientos se desarrollen en paralelo o de manera coetánea. En las conclusiones del trabajo se argumenta a favor de la primera de las dos opciones mencionadas teniendo en cuenta el principio de vinculación del litigio con el Estado competente.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, foro de acumulación de competencias, Reglamento 2016/1103, artículo 5 Reglamento 2016/1103, Reglamento 2201/2003, Reglamento 2019/1111.

Abstract: In this paper we will analyze the forum of accumulation of jurisdiction in Article 5 of Regulation 2016/1103. This text regulates international jurisdiction, the applicable law and the extraterritorial validity of decisions on matrimonial property regime matters. In the aforementioned article, the European legislator includes the accumulation of jurisdiction in matters of matrimonial property regime before the courts of the Member State with jurisdiction in matters of matrimonial crisis, provided that there is a connection between the two matters. In the SAP of Orense, of 7 October 2021, the question

arises as to the operability of this forum in cases in which the proceedings on the breakdown of the marital relationship have been concluded for years when the question of matrimonial property regime arises. The court considers that the forum of accumulation can only be used when the matrimonial crisis proceedings are open. There are other authors, on the other hand, who interpret that it could be applied without the need for both proceedings to take place in parallel or concurrently. The conclusions of the paper are agree with the first of the two options mentioned above taking into account the principle of connection between the case and the State with jurisdiction.

Keywords: matrimonial property regimes, forum of accumulation, Regulation 2016/1103, Article 5 of Regulation 2016/1103, Regulation 2201/2003, Regulation 2019/1111.

Sumario: I. Introducción; II. Reglamento 2016/1103; III. Foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103; 1. Principio de acumulación de competencias (arts. 4 y 5); 2. Cuestión de régimen económico matrimonial planteada como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial. Acumulación en el proceso sobre ruptura de la unión conyugal (art. 5); IV. Acumulación de competencias en el supuesto de que el proceso de crisis matrimonial ya haya finalizado; V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Con ocasión de la publicación de la SAP de Orense de 7 de octubre de 2021, en el presente trabajo se va a analizar el foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103¹.

2. El foro mencionado indica que, “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda*” (art. 5.1).

Según el precepto, por tanto, el Estado parte cuyos tribunales estén conociendo de una demanda de crisis matrimonial tendrá competencia, también, para conocer de la cuestión de régimen económico matrimonial.

3. Esta acumulación de competencias, cuando el proceso de disolución del vínculo matrimonial está abierto, es claro que la contempla el Reglamento 2016/1103. Sin embargo, si el proceso de ruptura del vínculo nupcial no se encuentra vivo en ese momento en el que se plantea la cuestión de régimen económico matrimonial, habría que plantearse si debe seguir aplicándose el foro de acumulación de competencia del artículo 5.

Eso es precisamente lo que se analiza en la sentencia mencionada. En el caso en cuestión, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de O Carballiño considera que el foro de acumulación sigue activo en este caso y, por esta razón, habiéndose dictado la sentencia de divorcio en Bremen (Alemania), los jueces alemanes tendrían la competencia en materia de régimen económico matrimonial. Todo ello, pese a que la resolución sobre el divorcio se dictó en el año 2011. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Orense entiende que, con el proceso de divorcio cerrado, el foro de acumulación no opera y, por ello, aplicando el resto de foros del Reglamento 2016/1103 llega a la conclusión de que los tribunales españoles son competentes para conocer de la cuestión de régimen económico matrimonial planteada ante ellos.

¹ SAP de Orense, de 7 octubre 2021, ECLI:ES:APOU:2021:595^a; 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 económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.

II. Reglamento 2016/1103

4. El Reglamento 2016/1103 regula los tres sectores del Derecho Internacional Privado en materia de régimen económico matrimonial. Se ocupa, por tanto, de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y de la validez extraterritorial de decisiones.

Se trata de una norma fundamental en esta materia, no sólo por lo anterior, esto es, por su amplitud de contenido, sino, también, porque es aplicable en 18 Estados miembros de la Unión Europea². Es la primera vez que se consigue elaborar un texto común en régimen económico matrimonial en el entorno europeo³.

5. En el sector de la competencia judicial internacional, el Reglamento es aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros parte del mismo, a las demandas interpuestas ante ellos a partir del 29 de enero de 2019 (art. 70). Por lo tanto, todas las cuestiones de competencia planteadas a día de hoy, sobre régimen económico matrimonial, ante un tribunal de un Estado parte, estarán cubiertas por el ámbito de aplicación de la norma y deberán resolverse en su marco.

Así, en el caso objeto de la sentencia comentada, actúan correctamente ambos órganos jurisdiccionales gallegos al basar su decisión de competencia en el Reglamento 2016/1103.

III. Foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103

1. Principio de acumulación de competencias (arts. 4 y 5)

6. Teniendo en cuenta la movilidad de los ciudadanos y el fomento de una buena administración de justicia, el Reglamento regula la posibilidad de acumulación de la demanda relacionada con el régimen económico matrimonial a otros procedimientos conexos (Considerando 32) *-vis attractiva-*⁴.

En concreto, el Reglamento estipula que el juez que conozca de un proceso sucesorio por la muerte de alguno de los cónyuges (art. 4) o de la crisis matrimonial de la pareja (art. 5), también será competente respecto del régimen económico del matrimonio; siempre que haya conexión entre las cuestiones. La acumulación de procesos en estas materias se considera bienvenida por facilitar que estas materias, tan relacionadas entre sí, sean resueltas por los mismos órganos jurisdiccionales⁵. En efecto, la disolución del régimen económico matrimonial tiene su origen en la muerte de alguno de los cónyuges o en la ruptura del vínculo matrimonial⁶.

² Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Chipre.

³ También, en paralelo al Reglamento 2016/1103, se ha elaborado y ha empezado a ser aplicable el Reglamento 2016/1104, sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L183, de 8 julio 2016).

⁴ R.M. MOURA RAMOS, "Property Consequences of Marriage and Registered Partnerships in EU International Private Law", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XCIII, t. 1, 2017, p. 10

⁵ I. VIARENGO, "The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 208; L. USUNIER, "Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne", *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2016, p. 809; A. BONOMI, "Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – quelques remarques critiques-", en *Droit international privé de la famille*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2013, pp. 55-56; N. JOUBERT, "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 9; P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 519; P. PEITEADO MARISCAL, "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016", *CDT*, vol. 9, n° 2, 2017, p. 313.

⁶ T. PASCUAL LUJÁN, "El régimen económico matrimonial en la Unión Europea: análisis de la Propuesta de Reglamento comunitario en la materia", en V. PARDO IRANZO (dir.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant, Valencia, 2016, p. 331; I. VIARENGO, "The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 208; A. BONOMI, "Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – quelques remarques critiques-", en *Droit international privé de la famille*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2013, pp. 55-56.

7. En el sector del Derecho aplicable, a diferencia de lo ocurre en la competencia judicial internacional, el Reglamento no contempla la posibilidad de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea la rectora de la sucesión o de la crisis matrimonial.

Los autores consideran que, si bien es verdad que el hecho de que sea el mismo juez el que conozca de todas estas cuestiones relacionadas es más relevante que el hecho de que sea la misma ley la que regule todas estas materias, lo cierto es que esto último también debería tenerse en cuenta⁷. En este sentido, la doctrina entiende que aplicar una única ley a todas las cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial sería deseable por dos razones⁸. Por un lado, por economía procesal y celeridad del procedimiento, para que el Derecho extranjero que deba ser probado, si es el caso, sea uno solo. En segundo lugar, porque cada ordenamiento jurídico está diseñado para ser aplicado en su conjunto y, así, de esta manera, aplicando la misma ley a todas las cuestiones conectadas no se llegaría a situaciones, ni de excesivo beneficio ni de escasa cuantía, para las partes implicadas en las relaciones de familia⁹.

⁷ A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 218; A. BONOMI, “Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – quelques remarques critiques-“, en *Droit international privé de la famille*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, 2013, p. 56.

Del mismo modo, también la doctrina se decanta por que el matrimonio pueda elegir -si es el caso-, como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, el Derecho rector de la sucesión (A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 219-220; P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 217). De este modo, si el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo quedaran regulados por la misma ley, se evitarían posibles problemas de adaptación entre las leyes rectoras de ambas cuestiones.

⁸ P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 352; P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 531.

⁹ El artículo 9.8 Código Civil español prevé que los derechos sucesorios del cónyuge supérstite queden regulados por la ley rectora del régimen económico matrimonial, en supuestos de sucesión intestada o legítima (STS de 16 marzo 2016, ECLI:ES:TS:2016:1160; STS de 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126. *Vid.*, M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in private international law”, en K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Portland, 2008, pp. 398-403). Parece aconsejable que la misma ley regule ambas cuestiones, el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo, ya que, de otro modo, el resultado al que puede llegarse podría ser injusto (A. BONOMI, “The interaction among the future EU Instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 220-221; E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria: el Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 593-594; R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68; P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 531; C.I. NAGY, “El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, p. 515; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 19-20). Si bien, por iniciativa de las partes, del causante y de los cónyuges, se pueda hacer coincidir la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y la ley aplicable al régimen económico matrimonial (I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge supérstite y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 775; J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales a los efectos patrimoniales de la uniones registradas en las respectivas propuesta de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fascículo I, enero-marzo 2012, p. 278).

El resultado injusto al que aludíamos se puede alcanzar por la descoordinación entre la ley que regula una cuestión y la ley que regula la otra. Por eso, el TS afirma que la referencia del artículo 9.8 *in fine* a la ley del régimen económico matrimonial se debe “a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de La Haya de 4 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989” (STS 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126).

Así es, en cada ordenamiento, el legislador nacional es consciente de que debe coordinar la regulación en materia de derechos sucesorios de cónyuge viudo y de régimen económico matrimonial. Ambas cuestiones se encuentran muy relacionadas. El fallecimiento de uno de los cónyuges es una de las causas de disolución del régimen económico matrimonial. Por el lado del difunto, la cuantía del caudal hereditario dependerá de lo que reciba por la liquidación del régimen económico matrimonial. Por el lado del cónyuge supérstite, la muerte de su pareja supone que sea beneficiario de la parte correspondiente de los bienes del matrimo-

8. Ante la ausencia de regulación por parte del Reglamento, y en defecto de autonomía de la voluntad, sería difícil que la ley aplicable al régimen económico matrimonial fuera la misma que la que rige la crisis matrimonial o la sucesión. Esto es debido a que, los Reglamentos que se ocupan de estas últimas materias, congelan el punto de conexión de determinación del Derecho aplicable en el momento de interposición de la demanda. Mientras que el Reglamento de régimen económico matrimonial hace lo propio en el momento de celebración del matrimonio o inmediatamente posterior al mismo. Por esta razón, salvo que las circunstancias personales de la pareja no cambien, es probable que la ley rectora de las cuestiones patrimoniales del matrimonio no coincida con la ley reguladora de la crisis o de la sucesión de uno de los cónyuges¹⁰.

2. Cuestión de régimen económico matrimonial planteada como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial. Acumulación en el proceso sobre ruptura de la unión conyugal (art. 5)

9. La ruptura del vínculo matrimonial conlleva la disolución del régimen económico matrimonial -y, en ese orden-, por lo tanto, es muy adecuado que el Estado con competencia en relación con la primera cuestión también conozca de la segunda¹¹.

Este foro del artículo 5, al igual que el de acumulación de competencias a un proceso sucesorio del precepto 4, son obligatorios (FD. Segundo SAP de Orense)¹². Jerárquicamente, ambos, se encuentran por encima de cualquier otro y no son opcionales para el demandante, son de aplicación obligatoria cuando el supuesto de hecho es el contemplado en cualquier de los preceptos. En este sentido, el Reglamento de alimentos 4/2009 ya recoge esta opción de acumulación de competencias en un proceso de divorcio o en un proceso de responsabilidad parental (arts. 3.c) y 3.d)¹³. Sin embargo, mientras que este

nio, según el régimen aplicable a los efectos de la unión, y, por otra parte, de los derechos sucesorios por el fallecimiento de su cónyuge. Por esta razón, como decíamos, el legislador nacional regula ambas cuestiones de manera coordinada, para intentar que el cónyuge superviviente reciba una cantidad equilibrada de bienes tras la defunción de su pareja. De esta manera, los ordenamientos que regulan la aplicación del régimen de sociedad de gananciales, en defecto de autonomía de la voluntad, no estipulan especial protección para el cónyuge viudo en materia de derechos sucesorios debido a que, por régimen económico matrimonial, ya le corresponde la mitad del patrimonio -*ad. ex.*, España-. El mismo criterio preside la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente en otros ordenamientos en los que el régimen de separación de bienes es el aplicable en defecto de pacto. En este caso, al corresponder a cada cónyuge lo que ya tenían en propiedad cada uno, la regulación en materia de derechos sucesorios es más protectora con el conyugado superviviente -*ad. ex.*, Reino Unido-. Pues bien, si la ley aplicable a ambas cuestiones es la misma, el resultado estará equilibrado por la coordinación que existirá en el Derecho rector en las dos materias (R. HAUSMANN, "Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)", *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68). Sin embargo, si son dos las leyes aplicables, el resultado podría no ser razonablemente justo (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 43; ID., "El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1525-1526).

¹⁰ P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 533-534.

¹¹ B. CAMPUZANO DÍAZ, "The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 237. *Vid.*, también, en este sentido, A. BONOMI, "Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – quelques remarques critiques-", en *Droit international privé de la famille*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2013, p. 55; P. PEITEADO MARISCAL, "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 325.

¹² J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 56; ID., "El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1531; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) nº 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, p. 383.

¹³ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L7, de 10 de enero de 2009.

Reglamento de alimentos, efectivamente, regula esta posibilidad, en el Reglamento de régimen económico matrimonial no se establece la opción del demandante de elegir este foro, sino que se articula la acumulación de manera obligatoria. En el Reglamento de alimentos los foros aparecen estructurados de manera alternativa, de este modo, el demandante podría elegir, si quisiera, el foro de acumulación de competencias. En el Reglamento objeto de estudio no hay concurrencia, hay jerarquía entre los foros, por lo tanto, no hay posibilidad de opción para el demandante.

10. El Reglamento 2016/1103, por otro lado, indica que cuando *un órgano jurisdiccional* de un Estado miembro esté conociendo del proceso de crisis matrimonial en base al Reglamento 2201/2003, *los órganos jurisdiccionales* de ese Estado miembro conocerán del régimen económico matrimonial. Esto es, alude a un concreto tribunal, como competente en materia de crisis, y a los tribunales de ese Estado, como competentes en materia de régimen económico matrimonial. Entendemos, por tanto, que el legislador busca conseguir que ambos asuntos, la crisis matrimonial y el régimen económico matrimonial, sean resueltos en el mismo Estado parte; sin exigir, a estos efectos, que sea el mismo tribunal de ese Estado el que conozca de las dos materias¹⁴.

Ahora bien, una vez situados en España, como Estado con la competencia en materia de régimen económico matrimonial por encontrarse en esta jurisdicción el tribunal con competencia para conocer de la crisis matrimonial, el Derecho procesal español indica que el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo -o ha conocido- de la ruptura del vínculo conyugal será el competente para conocer de las relaciones económicas de la pareja (art. 807 LEC)¹⁵.

11. El artículo 5 contiene la misma regulación que el precepto anterior de la norma, relativo a la acumulación de la cuestión de régimen económico matrimonial al proceso sucesorio, pero refiriéndose a la acumulación de competencias en un litigio sobre divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio. El artículo exige que el tribunal que esté conociendo sobre estas cuestiones de disolución del vínculo conyugal, lo haga en base al Reglamento 2201/2003¹⁶.

12. Entrando en el contenido del foro, la acumulación de competencias en este caso necesitará el acuerdo de los cónyuges en varias situaciones que aparecen recogidas en el artículo 5.2.

¹⁴ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 310; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 34; P. FRANZINA, “Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 171; J.L. IGLESIAS BUIGUES, “Artículo 5”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 82.

En contra, N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 10; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de coupe. Commentaire des Règlements (UE) nº 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, p. 384.

¹⁵ Todo ello, salvo que el cónyuge se encuentre en concurso de acreedores. En este caso, el artículo 52.5 de la Ley Concursal indica que el juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de *la disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado* (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020).

En el ordenamiento francés también puede ocurrir que el proceso de divorcio termine y, una vez concluido, se sustancie la cuestión relativa al régimen económico matrimonial ante otro órgano jurisdiccional (A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de coupe. Commentaire des Règlements (UE) nº 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, p. 391).

¹⁶ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 -Bruselas II bis-, DOUE L338, de 23 de diciembre de 2003.

El Reglamento 2019/1111 sustituirá al Reglamento 2201/2003 a partir del 1 de agosto de 2022. 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 -Bruselas II ter-, DOUE L178, de 2 julio de 2019. En materia de crisis matrimoniales, los foros de competencia no cambian con el nuevo texto.

En efecto, como regla general, el Estado con competencia, según el Reglamento 2201/2003, para conocer de la crisis matrimonial tendrá competencia, también, para conocer del régimen económico matrimonial (art. 5.1). Sin embargo, hay varias circunstancias en las que, para que los tribunales de ese Estado acumulen la cuestión relativa al régimen económico matrimonial ante su jurisdicción, se necesita el acuerdo de los cónyuges al respecto (art. 5.2). Así es, cuando el foro de competencia en materia de crisis presenta una vinculación suficiente con las partes, no se requiere el acuerdo de los cónyuges para la acumulación¹⁷. En cambio, en el resto de los casos, se considera que el foro del Reglamento 2201/2003 contiene vínculos más estrechos con una de las partes y, por ello, se necesita el acuerdo de la pareja para activar la acumulación de competencias¹⁸. Dicho de otra manera, cuando el foro no responde a los principios de proximidad y previsibilidad será necesario el acuerdo de los esposos¹⁹. En palabras de la Audiencia Provincial de Orense, nos situamos en el marco del artículo 5.1, y el acuerdo de los cónyuges no es necesario, cuando “*los foros de competencia son neutros e incluso usuales, con vinculación suficiente con las partes en conflicto*” (FD Segundo).

13. Necesario acuerdo de los cónyuges en los supuestos del artículo 5.2. Estos escenarios en los que se precisa de la voluntad común de los contrayentes para que el tribunal de la crisis sea competente también del régimen económico matrimonial son los siguientes (art. 5.2).

En primer lugar, cuando el órgano jurisdiccional competente sea el del Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido allí al menos un año antes de la interposición de la demanda. Esto es, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en base al artículo 3.1.a) quinto guión del Reglamento 2201/2003.

En segundo lugar, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en virtud del artículo 3.1.a) sexto guión del Reglamento de crisis matrimoniales. Por lo tanto, cuando se trate del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, haya residido allí al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda y sea nacional de dicho Estado miembro.

En tercer lugar, cuando se trate del órgano jurisdiccional que vaya a resolver la conversión de la separación judicial en divorcio en virtud al foro del artículo 5 del Reglamento 2201/2003. Según este precepto, este órgano jurisdiccional competente será el que lo fue en el proceso anterior de separación judicial.

En cuarto y último lugar, cuando el juez competente lo sea por el foro de competencia residual del artículo 7. En virtud de este foro, cuando, según el Reglamento 2201/2003 ningún tribunal de un Estado parte resultara competente, el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda acudirá a las normas de competencia judicial internacional de su ley para comprobar si tiene foro para declararse competente²⁰.

¹⁷ N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, pp. 10-11; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2016, pp. 809-810; E. GALLANT, “Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples”, *Europe*, mars 2017, p. 8.

¹⁸ N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, pp. 10-11.

Relacionado con esto, algunos autores entienden que la razón de exigir el acuerdo de los cónyuges se encuentra en el hecho de acercar el proceso al lugar donde se encuentra el patrimonio afectado (P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, n° 2, 2017, pp. 319-320; J.L. IGLESIAS BUIGUES, “Artículo 5”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 83).

¹⁹ A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, p. 385.

²⁰ Este artículo 7 del Reglamento 2201/2003 no va a permitir que los tribunales españoles tengan competencia por las normas de producción interna, ya que, con la reforma de la Ley 7/2015, de 21 de julio, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el actual artículo 22.4º tiene el mismo contenido en esta materia de crisis matrimoniales que el Reglamento europeo (art. 22

14. En los dos primeros supuestos recogidos en el artículo 5.2, el factor que determina la competencia es la residencia habitual del demandante. Precisamente, el posible carácter discriminatorio de estos foros, sobre todo aquel en el que se tiene en cuenta también la nacionalidad del demandante, es lo que ha podido llevar al legislador europeo a exigir el acuerdo de los cónyuges para que ese órgano jurisdiccional sea competente, también, para conocer del régimen económico matrimonial²¹. De esta manera, no se impone la voluntad del demandante frente al otro cónyuge²².

15. En relación con las excepciones a la acumulación automática de competencias ante el Estado con competencia en relación con la crisis matrimonial, debido a la necesidad de acuerdo de los cónyuges al respecto, dependerá de la voluntad de ellos que conozcan los órganos jurisdiccionales del mismo Estado de ambas cuestiones –disolución del vínculo matrimonial y régimen económico matrimonial-. Por lo tanto, el objetivo de acumulación de competencias en estas materias relacionadas podría verse truncado por esa voluntad de los cónyuges²³.

Esta consecuencia negativa que acarrea la voluntad de los cónyuges se ha visto mitigada en el Reglamento de régimen económico matrimonial, ya que, en el Proyecto de 2011 la necesidad de pacto entre ellos no se exigía según el foro de competencia, sino que se requería siempre que estuviera conociendo de crisis matrimoniales un tribunal de un Estado miembro en base al Reglamento 2201/2003 (art. 4 de la Propuesta de 2011)²⁴.

La introducción de la autonomía de la voluntad en la posibilidad de elección del tribunal competente se debe a dos razones²⁵. Por un lado, por el auge expansivo del ejercicio de la autonomía de la voluntad en Derecho de familia. Por el otro, para evitar extender automáticamente la competencia sobre el régimen económico matrimonial a los tribunales de la crisis matrimonial.

16. Validez formal del acuerdo de los cónyuges. Si el acuerdo de las partes en este sentido se realiza antes de que el órgano jurisdiccional competente sea requerido para que conozca del régimen económico matrimonial, deberá ajustarse a los requisitos de forma que aparecen recogidos en el artículo 7.2 del Reglamento. De esta manera, el acuerdo debe constar por escrito y debe estar firmado por ambos cónyuges y fechado. En este sentido, se considerará hecho por escrito cualquier acuerdo realizado a través de medios electrónicos que permitan un registro duradero del mismo (art. 7.2)²⁶.

quáter, c) (Ley 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 julio 2015). Por lo tanto, si por el Reglamento los tribunales españoles no son competentes, por la LOPJ tampoco lo van a ser, salvo que concurra el foro de sumisión del artículo 22.bis LOPJ.

²¹ *Vid.*, en este sentido, B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 242; C. GONZÁLEZ BEILFUS, “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, p. 127; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 331; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, pp. 10-11.

²² A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, n° 1, 2019, p. 35.

²³ J. GRAY/P. QUINZÁ REDONDO, “The coordination of jurisdiction and applicable law in related proceeding: the interaction between the Proposal on matrimonial property regimes and the regulations on divorce and succession”, en *Boundaries of European private international law*, 2015, p. 645.

²⁴ *Vid.*, al respecto, J. GRAY/P. QUINZÁ REDONDO, “The coordination of jurisdiction and applicable law in related proceeding: the interaction between the Proposal on matrimonial property regimes and the regulations on divorce and succession”, en *Boundaries of European private international law*, 2015, pp. 643-645.

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regimenes económico matrimoniales, Bruselas, 16.3.2011 COM (2011) 126 final.

²⁵ B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 238-239.

²⁶ N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 12.

Algunos autores entienden que debería exigirse que el documento tenga la firma electrónica de los cónyuges para cumplir con el requisito de que se trate de un escrito firmado por ellos (P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión

17. En este sentido, el sometimiento del régimen económico matrimonial a los tribunales que están conociendo de la disolución del vínculo matrimonial en virtud a los foros contenidos en el artículo 5.2 puede ser expreso o tácito²⁷. Será expreso cuando se pacta antes del inicio del proceso, supuesto en el que se exige que la forma sea escrita y que tenga fecha y firma de ambos cónyuges. En cambio, si los contrayentes deciden acudir a los tribunales indicados una vez iniciado el proceso por la ruptura del matrimonio, lo pueden hacer sin necesidad de que exista un previo acuerdo escrito entre ellos²⁸.

18. En relación con el acuerdo expreso, aunque el Reglamento lo contempla, y el Proyecto de Reglamento de 2011 también, es difícil que los cónyuges pacten someterse al Estado de los tribunales competentes para la disolución futura de su vínculo matrimonial, cuando todavía no saben qué órganos jurisdiccionales van a conocer de la ruptura del vínculo conyugal²⁹.

Así es, en el marco del Proyecto de Reglamento de 2011 podía articularse esta posibilidad con un acuerdo en el que los cónyuges pactasen que los tribunales que fueran competentes para la disolución del matrimonio lo fueran, también, para el régimen económico matrimonial, ya que, como ya hemos comentado, el acuerdo se exigía siempre, independientemente del foro por el que tribunal fuera competente para conocer de la crisis matrimonial (art. 4)³⁰. Sin embargo, en el contexto del Reglamento, como el acuerdo sólo se exige cuando el órgano jurisdiccional competente para conocer de la crisis matrimonial sea uno determinado en función al foro, es difícil que, previamente a que se inicie el procedimiento por divorcio, separación judicial o nulidad, los cónyuges puedan pactar que la competencia para resolver la cuestión del régimen económico matrimonial la tenga el Estado del tribunal que conozca de la futura disolución del vínculo, porque en un momento anterior al inicio del procedimiento, no se sabe qué tribunal va a ser competente para ello.

Si el Reglamento 2201/2003 recogiera el foro de sumisión, sí podría pactarse previamente la competencia en ambas materias, pero, como no es así, difícilmente se puede saber qué tribunal será competente para conocer de la disolución del vínculo matrimonial, antes del inicio del procedimiento, sobre todo porque ello depende, en gran medida, de la posición procesal que adopten los cónyuges en el proceso –demandante o demandado–³¹. Aunque, también es verdad que podría acordarse que los tribunales competentes

en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 321).

²⁷ En el sentido de admitir el acuerdo tácito al respecto, *vid.*, P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 321-322.

²⁸ P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 527.

²⁹ P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 528; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 334. Esta imprecisión podría resolverse acordando una cláusula del tipo “cuando los tribunales competentes en materia de divorcio lo sean en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1 a) del Reglamento Bruselas II bis, tales tribunales tendrán competencia para conocer de la demanda de régimen económico matrimonial” (P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 335).

³⁰ B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 240.

³¹ En la Propuesta de modificación del Reglamento 2201/2003 del año 2006 –Propuesta para, entre otras cuestiones, ampliar al sector de la ley aplicable la regulación del Reglamento 2201/2003–, se introdujo la posibilidad de que los cónyuges pudieran elegir tribunales competentes en materia matrimonial; posibilidad que se eliminó de la Propuesta de modificación del Reglamento Bruselas II bis del año 2016 (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, Bruselas, 17 julio 2006, COM(2006), 399 final; 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), Bruselas, 30.6.2016, COM (2016) 411 final) *Vid.*, en relación con la Propuesta de 2016, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento Roma III”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2009, pp. 567-588; B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, en M. DI FILIPPO/B. CAMPUZANO DÍAZ/A. RODRÍGUEZ BENOT/M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (eds.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones, Universi-

para conocer de la disolución del vínculo matrimonial fueran los competentes para el régimen económico matrimonial y si, llegado el momento de la ruptura del matrimonio, los órganos jurisdiccionales competentes lo fueran por alguno de los foros del Reglamento 2201/2003 que no necesita acuerdo de los cónyuges, el pacto realizado previamente en este sentido por ellos, simplemente, no sería válido³².

IV. Acumulación de competencias en el supuesto de que el proceso de crisis matrimonial ya haya finalizado

12. Nos preguntamos en este punto si la acumulación de competencia que regula el artículo 5 opera en los casos en los que el proceso de la ruptura matrimonial ya ha concluido y, por tanto, no se encuentra abierto en el momento en el que se plantea la cuestión de régimen económico matrimonial.

En este sentido, es posible que nos encontremos ante esta situación. En el ordenamiento español, por ejemplo, el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial la tendrá el Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de Violencia sobre la mujer, que esté conociendo o haya conocido o hubiera tenido competencia para conocer de la ruptura matrimonial. En el ordenamiento francés, también, puede ocurrir que el proceso de divorcio termine y, una vez concluido, se sustancie la cuestión relativa al régimen económico matrimonial³³.

13. Es evidente que, si la ruptura matrimonial se está tramitando en el momento en el que se plantea la cuestión de régimen económico matrimonial, el foro de acumulación del artículo 5 entraría en juego para determinar que los órganos jurisdiccionales competentes serán los del Estado donde se encuentra el juez que está conociendo de la crisis, bien de manera automática (art. 5.1), bien por la voluntad de los cónyuges (art. 5.2).

Lo que no está tan claro es si puede operar la acumulación cuando el proceso de divorcio ya ha terminado. Y, sobre todo, cuando hace años que concluyó, como ocurre en el supuesto de hecho de la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense. En este caso, el divorcio se pronunció en el año 2011 y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de O Carballiño dictó el auto acordando su incompetencia en el asunto sobre régimen económico matrimonial el 6 de abril de 2021.

dad de Sevilla, 2008, pp. 93-119; F.R. PAULINO PEREIRA, “Rome III: la competence jurisdictionelle et la loi applicable en matière matrimoniale”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2007, pp. 390-394; F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale private comunitario*, Milano, 2007, pp. 267-278).

En el artículo 1, apartado 2, de la Propuesta de modificación del 2006 se decía lo siguiente: *Se inserta [en el Reglamento 2201/2003] el artículo 3 bis siguiente: “Artículo 3 bis. Elección del órgano jurisdiccional por las partes en los procesos relativos al divorcio y a la separación judicial*

1. Los cónyuges podrán acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en un proceso relativo a su divorcio o separación judicial siempre que exista una vinculación sustancial entre ellos y ese Estado miembro en virtud del hecho de que:

(a) se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3

(b) ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un periodo mínimo de tres años, o

(c) uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su “domicilio” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros.

2. Deberá formularse por escrito un convenio atributivo de competencia que ambos cónyuges deberán firmar a más tardar en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional.”

El actual Reglamento (UE) 2019/1111 sigue sin aceptar la sumisión como foro en materia de crisis matrimoniales (art. 3).

³² *Vid.*, en este sentido, P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 528; P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 321.

³³ A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de coupe. Commentaire des Règlements (UE) nº 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, p. 391.

14. A este respecto, algunos autores interpretan que el Reglamento no exige que ambos procedimientos, el de disolución del vínculo conyugal y el de liquidación del régimen económico matrimonial, tengan que ser coetáneos³⁴. Esto es, no sería necesario que ambos procesos se sustanciara a la vez, que estuviera abierto el primero cuando se inicia el segundo.

15. Sin embargo, en el Considerando 34 del Reglamento 2016/1103, tal como indica la Audiencia Provincial de Orense en el Fundamento de Derecho Segundo, el legislador europeo señala que “*Del mismo modo, los regímenes económicos matrimoniales que nazcan en conexión con procedimientos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presente una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a menos que la competencia para resolver sobre el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio solo pueda basarse en motivos específicos de competencia. En esos casos no debe autorizarse la concentración de la competencia sin el acuerdo de los cónyuges*”. En este Considerando, el texto europeo sólo contempla esta posibilidad de acumulación cuando el proceso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio se encuentre pendiente en el momento en el que se plantea la cuestión sobre régimen económico matrimonial. Por esta razón, el órgano jurisdiccional de apelación de Orense considera que, al haber concluido el proceso de divorcio en el caso, no puede operar la acumulación y el tribunal gallego ante el que se ha interpuesto la demanda debe comprobar si concurre algún otro foro del Reglamento que le otorgue competencia³⁵.

Con este objetivo, la Audiencia Provincial expone de manera impecable los foros que ofrece el Reglamento y la relación de jerarquía que los une (FD Segundo SAP Orense)³⁶. Indica que, en un primer momento deben tenerse en cuenta los foros de acumulación de competencias de los artículos 4 y 5 -explicando en profundidad el supuesto del artículo 5.2 y la necesidad de acuerdo de los cónyuges para que opere la acumulación de competencias- y, en su defecto, habrá que comprobar si concurre el resto de foros en el orden siguiente. En primer lugar, el foro de sumisión tácita del artículo 8, que se activa cuando el demandado comparece ante el tribunal elegido por el demandante para interponer la demanda y siempre que se trate de un órgano jurisdiccional del Estado parte cuyo ordenamiento rige el régimen económico matrimonial. En segundo lugar, el foro de sumisión expresa del artículo 7, que requiere el acuerdo por escrito de los cónyuges de elección de los tribunales del Estado parte cuyo Derecho rige el régimen económico matrimonial -también pueden elegir los órganos jurisdiccionales del país de celebración del matrimonio-. En tercer lugar, en defecto de lo anterior, el artículo 6 ofrece una serie de foros de competencia en cascada. En cuarto lugar, el foro de inhibición del artículo 9 permite que el tribunal competente se inhiba en el caso de que, conforme a sus normas de Derecho internacional privado, el matrimonio no pueda ser reconocido en su ordenamiento. En quinto lugar se encuentra el foro de bienes inmuebles del artículo 10. Y, por último, el foro de necesidad del artículo 11 permite atraer la competencia hacia un Estado parte con vinculación suficiente siempre que sea razonable pensar que el proceso no va a poder sustanciarse en el país que presenta una conexión estrecha con el caso.

Una vez relacionados todos ellos, la Audiencia Provincial considera que el foro de acumulación de competencias del artículo 5 no opera porque el proceso de divorcio concluyó en Bremen (Alemania) en el año 2011. En este sentido indica que no concurre el foro del artículo 5.1 y tampoco el del artículo 5.2 por esta razón de que no se encuentra pendiente el proceso de crisis matrimonial. Por lo tanto, no sería posible que los cónyuges acordaran que Alemania -país cuyos órganos jurisdiccionales han conocido del divorcio- tenga la competencia en relación con el régimen económico matrimonial en virtud del

³⁴ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 311.

³⁵ *Vid.*, también, en este mismo sentido, A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n.º 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruxelles, pp. 390-391.

³⁶ *Vid.*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-93; *Id.*, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1531-1555.

artículo 5.2. En esta situación, y en defecto de sumisión expresa y tácita, los tribunales competentes son los de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda (art. 6). Según la Audiencia Provincial de Orense, por ende, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de O Carballiño, elegido por la demandante, debe ser el competente para conocer de la cuestión de régimen económico matrimonial planteada.

16. En relación con esta postura de la AP de Orense se sitúan otros autores que interpretan que el contenido del artículo 12.2 del Reglamento 2201/2003 podría aplicarse a estos casos³⁷. Según este precepto, los tribunales del Estado miembro que estén conociendo de la crisis matrimonial serán competentes para conocer, también, de la responsabilidad parental (art. 12.1). Esta acumulación de competencias dejará de ser válida cuando la resolución de ruptura del vínculo matrimonial sea firme. Los autores proponen, por tanto, que el foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento 2016/1103 opere hasta que la resolución de la crisis matrimonial sea firme. A partir de ese momento, para conocer el tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial se deberá acudir al resto de foros subsidiariamente aplicables.

V. Conclusiones

Primera. El foro de acumulación de competencias del artículo 5, también el del precepto 4, tiene como objetivo que los cónyuges sustancien todos los procedimientos conexos ante los tribunales del mismo Estado parte. De esta manera, una vez abierto un proceso para obtener la disolución del vínculo nupcial, evitamos que la pareja tenga que desplazarse a otro Estado para litigar sobre el régimen económico matrimonial, todo ello, *a fin de tener en cuenta la movilidad creciente de las parejas durante su matrimonio y facilitar la buena administración de la justicia* (Considerando 32 Reglamento 2016/1103).

También, con la acumulación de competencias ante los tribunales del mismo Estado parte, evitamos que existan resoluciones sobre materias conexas dictadas en países diferentes respecto de las que se pueda necesitar el reconocimiento de una de ellas para que se sustancie el procedimiento que culmina con la otra.

Segunda. Por las razones expuestas, es adecuado y conveniente que ambas cuestiones, la ruptura del vínculo nupcial y la liquidación del régimen económico matrimonial posterior, sean competencia de los tribunales del mismo Estado parte. Ahora bien, si el proceso de crisis matrimonial ya ha concluido, y mucho más cuando han pasado años desde que acabó, la situación de la pareja ha podido cambiar y, aunque en el momento de la ruptura tuviera vínculos con el Estado que fue competente para conocer del divorcio, ahora es posible que ya no tenga ninguna conexión con ese país. En estas circunstancias, considerar que ese Estado conserva la competencia sobre las cuestiones de régimen económico matrimonial, además, de manera obligatoria en muchos casos, puede entenderse exorbitante y debería interpretarse como una conclusión no querida por el legislador europeo.

Tercera. Esto es, mientras el proceso de disolución del vínculo conyugal se encuentra vivo, habitualmente, se mantendrá el vínculo de la pareja con el Estado que está conociendo del caso y, por ello, se podría justificar la atracción del asunto sobre régimen económico matrimonial a ese país. Sin embargo, una vez que se dicta la resolución judicial del divorcio, de la separación o de la nulidad matrimonial, las circunstancias personales de la pareja pueden cambiar y sus vínculos pueden situarse en otros Estados. Hacer, en estos casos, que la competencia sobre régimen económico matrimonial recaiga en los órganos jurisdiccionales de un Estado que presente poca o ninguna vinculación con el supuesto, no parece razonable.

³⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 320.

Cuarta. La misma argumentación de necesaria conexión del caso con el Estado competente debe sostenerse incluso cuando, en estas circunstancias, los excónyuges no han cambiado su situación personal y siguen manteniendo los mismos vínculos con el Estado en el que se ha dictado la resolución que pone fin a su matrimonio. En este caso, ese país seguiría teniendo conexión con el asunto y estaría justificado pensar en la posibilidad de que tenga competencia para la cuestión de régimen económico matrimonial. Una vez se ha determinado la no aplicación del foro de acumulación, los órganos jurisdiccionales de ese Estado tendrá competencia si concurre alguno de los foros de aplicación subsidiaria al artículo 5 que recoge el Reglamento 2016/1103, esto es, además de la sumisión, alguno de los foros del precepto 6, fundamentalmente.

Este artículo 6 del Reglamento de régimen económico matrimonial contiene cuatro foros que representan una vinculación estrecha del caso con el Estado con la competencia. Se trata de los foros, que no dependen de la residencia habitual del demandante ni de la presentación de una demanda de mutuo acuerdo, que recoge el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 -también del Reglamento 2019/1111-. Los primeros mencionados, los que dependen exclusivamente de la residencia habitual de la parte demandante, son aquellos que exigen el acuerdo de los cónyuges para que se produzca la acumulación de la competencia sobre régimen económico matrimonial ante los tribunales del Estado competente en materia de la crisis matrimonial (art. 5.2.). Precisamente, esa vinculación débil y sesgada que representan estos foros es lo que ha llevado al legislador europeo a exigir el acuerdo de ambos cónyuges para que opere la acumulación de competencias. Cualquier foro del artículo 6 garantiza una conexión fuerte del caso con el Estado de la competencia en materia de régimen económico matrimonial. Pero también sería posible que los órganos jurisdiccionales de un Estado fueran competentes para conocer del divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, en virtud a alguno de los dos foros que dependen de la residencia habitual del demandante y que, además, tengan la competencia para conocer del régimen económico matrimonial por la voluntad de los cónyuges, por sumisión expresa o tácita. En este supuesto, la conexión del supuesto con el Estado elegido también sería estrecha, además de por la voluntad de los cónyuges, porque estos sólo pueden elegir como tribunales competentes a los del Estado cuyo ordenamiento rige el régimen económico matrimonial en virtud de las conexiones de los artículos 22, 26.1.a) y 26.1.b) -a estas conexiones se añade el lugar de celebración del matrimonio en el caso de la sumisión expresa-.

Quinta. En definitiva, el Estado con competencia el materia de régimen económico matrimonial debe tener vinculación con el caso, esa vinculación es la que justifica su conocimiento del asunto. Si los órganos jurisdiccionales del país tienen competencia para conocer de la crisis matrimonial, tendrán conexión suficiente con el caso como para acumular la competencia sobre el régimen económico matrimonial, bien de manera automática, bien por acuerdo de los cónyuges en el caso del artículo 5.2 cuando el foro de competencia en materia de crisis representa una vinculación sesgada.

Si el proceso de divorcio ya ha concluido, mantener la competencia del Estado donde se ha sustanciado el proceso de crisis podría no responder al principio de vinculación del caso con el tribunal competente. El foro de acumulación de competencias, por lo tanto, debería no aplicarse en estos supuestos. En su defecto, se acudiría al resto de foros que recoge el Reglamento 2016/1103.

Con estos foros de aplicación subsidiaria se garantiza la conexión del supuesto con el Estado competente. Así, en el caso de que la situación personal de la pareja no haya cambiado tras la ruptura, el país en el que se ha dictado la resolución que ha puesto fin al matrimonio tendría la competencia en materia de régimen económico matrimonial por los foros del artículo 6 o por la voluntad de los cónyuges, si procede. Como vemos, a solución sería la misma, los órganos jurisdiccionales del Estado que ha conocido de la crisis matrimonial tendrían la competencia para conocer, también, del régimen económico matrimonial, tanto en el supuesto de que operase el foro de acumulación de competencias como en el caso de que no; todo ello, porque los foros en materia de crisis matrimonial son similares a los previstos para régimen económico matrimonial. Sería la misma salvo que los tribunales competentes para la crisis matrimonial lo hayan sido por alguno de los foros de residencia habitual del demandante que exige el acuerdo de los cónyuges para la acumulación. En este caso, ese Estado tendría la competencia en materia de crisis y, si no opera el foro de acumulación, podría no tenerla para conocer del régimen económico

matrimonial -la tendría, con carácter general, si el ordenamiento de ese país rige el régimen económico matrimonial y los cónyuges activan el foro de sumisión, expresa o tácita, o cuando sea el Estado de celebración del matrimonio y los esposos realicen un acuerdo de sumisión expresa-.

En relación con esto último podríamos plantearnos por qué se permite que la voluntad de los cónyuges sin condiciones haga competentes a los tribunales del Estado de la residencia habitual del demandante, en virtud del foro de acumulación, y que no ocurra lo mismo cuando nos situamos fuera de su ámbito. La razón se encuentra en que el legislador europeo quiere que las partes puedan elegir como tribunales competentes a determinados órganos jurisdiccionales con conexión suficiente con el asunto y, para ello, redacta el foro de sumisión, expresa o tácita, con estas exigencias, limitando los tribunales que pueden elegir. Sin embargo, en relación con el artículo 5, para mantener el principio de acumulación de competencias, el legislador ha tenido que asumir la concurrencia de los foros del Reglamento 2201/2003. En el equilibrio que supone tener en cuenta los foros de Bruselas II bis y el principio de acumulación de competencias, se ha visto obligado a admitir que los tribunales competentes para conocer del régimen económico matrimonial puedan ser los del Estado que presenta una vinculación no adecuada con el caso, los del Estado de la residencia habitual del demandante. Y, para mitigar los efectos de esa decisión, ha impuesto el acuerdo de los cónyuges sin condiciones, con el que se quiere equilibrar la posición de ambas partes a la hora de determinar los tribunales competentes. Pero esa concesión a la voluntad de los cónyuges es puntual, en el supuesto particular y por exigencias de los foros del Reglamento 2201/2003. Con carácter general, en el marco del Reglamento de régimen económico matrimonial, los tribunales competentes para conocer de esta materia deben presentar una vinculación suficiente y adecuada, también, cuando interviene la voluntad de los cónyuges.

Sexta. Por todo lo anterior, cuando el proceso de disolución de vínculo nupcial haya concluido, entendiéndose por ello que no está pendiente, el foro de acumulación no podría aplicarse. En este escenario, si la pareja sigue teniendo vínculos con el Estado en el que se ha dictado la resolución sobre crisis, ese país, posiblemente, tendrá la competencia sobre el régimen económico matrimonial en virtud, fundamentalmente, de los foros del artículo 6. En el caso contrario, cuando se haya perdido la vinculación del caso con el país en el que se ha pronunciado la disolución del vínculo nupcial, entrarán en juego el resto de foros para hacer competente a otro Estado que presente una vinculación suficiente y adecuada con el asunto.

La batalla de los formularios en la contratación internacional

The battle of the forms in international contracts

MIGUEL SENLLE CARIDE

*Abogado y asesor de comercio internacional en la Oficina Económica y Comercial del
Consulado de España en Hong Kong y Macao*

Recibido: 08.06.2022 / Aceptado: 28.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7206

Resumen: La especial naturaleza de la batalla de los formularios ha provocado que, pese a los esfuerzos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales; no exista aún teoría alguna capaz de ofrecer una solución plenamente satisfactoria. El presente trabajo aborda, de forma comparativa, el estado de la cuestión, y como la inseguridad jurídica producida por la carencia de homogeneidad en las soluciones ofrecidas afecta a la contratación internacional. Finalmente, se ofrece una visión crítica del rol que el abogado puede desempeñar para paliar tales efectos, poniendo especial atención en la correcta redacción y administración contractual.

Palabras clave: Batalla de los formularios, Convención de Viena, Contratos Internacionales, Condiciones Generales de la Contratación, Comercio Exterior.

Abstract: Despite the doctrinal, legislative and jurisprudence efforts, the special nature of the battle of the forms has made it complicated to find a satisfactory solution to the problem. The present work analyses, from a comparative perspective, the current status quo and how the legal uncertainty produced by the lack of homogeneity affects international contracts. The work concludes with a critical approach to the role that lawyers could play to minimize the negative effects caused by the battle of the forms, emphasizing the importance of contract drafting and contract due diligence.

Keywords: Battle of the forms, CISG, International Contracts, General Terms and Conditions, Foreign Trade.

Sumario: I. Introducción. II. La batalla de los formularios. 1. Teorías para la resolución de la batalla de los formularios. A) La teoría del espejo. B) La teoría del último disparo. C) La teoría del noqueo. D) La teoría del mejor disparo. E) La teoría del disparo razonable. F) La teoría del primer disparo. 2. La batalla de los formularios en el Derecho comparado. A) Estados Unidos. B) Inglaterra. C) Canadá. D) Alemania. E) Francia. F) China. 3. La batalla de los formularios en los principios UNIDROIT (UPICC). 4. La batalla de los formularios en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). 5. La batalla de los formularios en la Convención de Viena. III. Visión crítica respecto de la batalla de los formularios y sus implicaciones. 1. Desde un punto de vista doctrinal. 2. Desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial. 3. Desde un punto de vista práctico. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La utilización de las condiciones generales de la contratación de forma masiva por parte de los operadores de comercio exterior¹ provoca situaciones conflictivas. Así, enviándose ambas partes sus sets de condiciones generales no coincidentes, es necesario decidir si, en primer lugar, existe un contrato y en el caso de ser así, determinar cuál es el contenido obligacional de dicho negocio jurídico. Es en este escenario donde surge en esencia la batalla de los formularios.

2. El presente trabajo trata de abordar esta cuestión, llevando a cabo un análisis en tres frentes principales: doctrinal, legislativo y jurisprudencial. Se observa el tratamiento en sede doctrinal, exponiéndose las principales teorías elaboradas para su solución. Asimismo, se realiza un estudio de Derecho comparado, analizando la regulación que se da a la batalla de los formularios en diversas jurisdicciones. Posteriormente, el prisma se posa sobre la solución ofrecida en las principales normas internacionales; Principios UNIDROIT, PECL y la Convención de Viena (en adelante, la Convención), haciendo hincapié en esta última.

Asimismo, se aporta una visión crítica desde un punto de vista doctrinal, legislativo, jurisprudencial y práctico, donde se exponen las principales deficiencias del panorama actual. También se enfatizan aquellos aspectos más prometedores para poder avanzar cara la solución de la batalla de los formularios o, al menos, para paliar sus efectos negativos derivados de la inseguridad jurídica que ésta produce. Finalmente, se presta atención a las implicaciones que la incertidumbre de la batalla de los formularios produce en el comercio internacional y como los operadores de este sector pueden tratar de optimizar su posición desarrollando una estrategia legal, para así tratar de vencer la batalla de los formularios.

II. La batalla de los formularios

3. La batalla de los formularios es una de las controversias más complejas en el ámbito del Derecho contractual internacional. El término anglosajón “*battle of the forms*”, del que trae causa su homólogo castellano, apareció por primera vez en el año 1979 en Inglaterra². La batalla de los formularios se da en aquellos casos en los que las partes involucradas en una negociación tendente a la formalización de un contrato se envían mutuamente sus condiciones generales de la contratación. Si estas condiciones generales no se excluyen mutuamente y son conformes unas con las otras, no existirá problema alguno. Ahora bien, en la mayoría de los casos los términos contenidos en las condiciones generales de una y otra parte serán, en mayor o menor medida divergentes, planteándose así una serie de interrogantes de serio calado.

Pensemos en el siguiente supuesto; Un comprador envía a un vendedor una orden de compra en la cual realiza un pedido e indica que sus condiciones generales serán de aplicación. El vendedor destinatario de esta orden de compra le envía al comprador un documento de confirmación de pedido o compra, en el cual indica que sus condiciones generales serán de aplicación.

4. En puridad, no es necesario que las partes utilicen condiciones generales de la contratación para que se produzca esta disyuntiva. En esencia, basta con que la aceptación a la oferta contenga nuevos términos o términos disconformes respecto de la oferta a la que da respuesta, con independencia de que ello se haga a través de formularios predispuestos o elaborados caso por caso. No obstante, la batalla de los formularios debe su nombre a que la mayor parte de estos conflictos surgen debido al uso de formularios predispuestos por las partes, quienes tratan de imponer sus propias condiciones generales³.

¹ D. SLAWSON, “Standard Form Contracts and Democratic Control of Law-Making Power”, *Harvard Law Review*, n° 529, 1971, p. 596.

² M. RODRÍGUEZ, “Soluciones a la batalla de los formularios según el Derecho Internacional”, *Univ. Estud. Bogotá*, n° 15, 2017, pp. 121-130.

³ M. RODRÍGUEZ, *op.cit.*, nota 2.

5. En el caso de que las condiciones sean contradictorias entre sí, se plantean una serie de cuestiones nada menores. Por un lado, cabe preguntarse si el contrato efectivamente se ha perfeccionado. Por otro lado, en caso de que el contrato se haya perfeccionado, habrá que determinar su contenido obligacional. La respuesta a estos interrogantes no es una cuestión para nada pacífica ni baladí, existiendo al respecto diversas teorías que tratan de ofrecer una solución al conflicto. Primeramente, se analizarán las principales teorías elaboradas al respecto. A continuación, se procederá a realizar un estudio comparativo de la respuesta que se da a esta problemática en el Derecho comparado y finalmente, se abordará en sede internacional, a la luz de los Principios UNIDROIT, PECL y, por último, en el marco de la Convención.

1. Teorías para la resolución de la batalla de los formularios

6. No es de sorprender que siendo la batalla de los formularios una de las cuestiones más complejas del Derecho contractual internacional, se hayan elaborado diversas teorías que tratan de aportar una solución al conflicto. Existen seis teorías principales; La teoría de la regla del espejo (*mirror-image rule*), la teoría de la regla del último disparo (*last-shot rule*), la teoría del noqueo (*knock-out rule*), la teoría del mejor disparo (*best-shot rule*), la teoría del disparo razonable (*reasonable-shot rule*) y la teoría de la regla del primer disparo (*first-shot rule*). Conforme a una de estas seis teorías, en especial en base a las tres primeras, se han venido construyendo las diferentes soluciones legales dadas tanto en sede internacional como nacional. Ninguna de estas teorías está exenta de críticas, y se puede decir que ninguna ha logrado superar plenamente los problemas y dificultades que la batalla de los formularios plantea en la contratación internacional. A continuación, se analizan cada una de estas seis teorías.

A) La teoría del espejo (*mirror-image rule*)

7. Según la teoría del espejo, los términos de la oferta y de la aceptación han de ser totalmente coincidentes, como si del reflejo de un espejo se tratase. De esta forma, cualquier modificación que se produzca en la aceptación respecto de los términos de la oferta, será considerado como un rechazo a la oferta, constituyendo simultáneamente una contraoferta. La teoría del espejo no es una teoría creada a propósito para resolver la controversia de la batalla de los formularios, sino que conforma una regla clásica del *common law* respecto de la formación del contrato. En este sentido, parte del concepto clásico de que el requisito esencial para la formación del contrato es el consentimiento, como acuerdo en todos y cada uno de los términos del contrato, puesto de manifiesto a través de la oferta y la aceptación⁴, con las implicaciones ya puestas de manifiesto respecto de cualquier divergencia en los términos.

Si bien es cierto que esta teoría permite mayores dosis de seguridad y certidumbre, dado que el contenido obligacional será exclusivamente aquel consentido por las partes, entraña una serie de inconvenientes relevantes. Por un lado, no es una teoría que se adecue bien a las condiciones del tráfico comercial moderno basado en el empleo masivo y sistemático de condiciones generales de la contratación⁵. Por otro lado, parte de un postulado que ya no es el mayoritario en la actualidad, la formación del contrato en base a una negociación en la que las partes diseñan el contenido obligacional del contrato conjuntamente. De hecho, algunos autores, ya en los años ochenta, consideraban que la regla del espejo solamente existía en los libros de texto⁶. Por tanto, es, en cierto modo, inadecuada para aportar una solución a las exigencias de hoy en día. Por último, genera incentivos a que las partes actúen de mala fe, abogando por el no perfeccionamiento del contrato, incluso en aquellos supuestos en los que ya se han llevado a cabo actos de ejecución del contrato⁷.

⁴ A. FEJOS, *Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of the Battle of the Forms under the CISG and UCC*, Thesis, Central European University, Budapest, 2006.

⁵ D. SLAWSON, op.cit., nota 1.

⁶ D. BAIRD/R. WEISBERG, "Rules, Standards and the Battle of the Forms: A Reassessment of 2-207", *Virginia Law Review*, nº 68, 1982.

⁷ S. LOIZOU, "CISG: The Battle of the Forms", (*IICL*) – *Jams Global Training Series U.S.*, 2015 p.4.

B) La teoría del último disparo (*last-shot rule*)

8. La teoría del último disparo da prevalencia a los últimos términos contractuales puestos de manifiesto. Bajo este esquema, en la mayor parte de las veces el vendedor tendrá la última palabra⁸, dado que con su contestación a la oferta delimitará los términos contractuales en caso de conflicto. Pensemos en el siguiente supuesto; un comprador envía a un vendedor una orden de compra junto con sus términos y condiciones, el vendedor envía su orden de venta con sus propios términos y condiciones no coincidentes con los del comprador. En principio, el contenido obligacional del contrato quedará conformado por lo dispuesto en las condiciones generales del vendedor, en detrimento de las del comprador.

Esta doctrina ha sido criticada en base a diversos motivos⁹. Por un lado, es considerada una solución arbitraria que favorece generalmente al vendedor sin justificación alguna al respecto¹⁰. Por otro lado, favorece el “*efecto ping-pong*”, si los últimos términos contractuales puestos de manifiesto van a ser los que se apliquen, las partes tratarán de que sus respectivas condiciones generales sean las últimas, lo cual genera un incentivo a que las partes por el mero hecho de beneficiarse de lo dispuesto en la teoría del último disparo se intercambien de forma continua sus formularios, generando con ello una situación claramente antieconómica.

C) La teoría del noqueo (*knock-out rule*)

9. La teoría del noqueo trata de ofrecer una solución neutra respecto de la secuencia temporal de las negociaciones. De este modo, el hecho de que el comprador o el vendedor haya sido el último en manifestar sus condiciones generales de la contratación es irrelevante. Por el contrario, esta doctrina focaliza en la sustancia, en el contenido material de ambos sets de condiciones generales. Bajo esta teoría, los términos coincidentes de ambos formularios formarán parte del contrato, mientras que aquellos aspectos en los que no haya conformidad no se incorporarán al mismo, debiendo, en principio, suplirse estos “vacíos contractuales” con la ley aplicable al contrato.

A primera vista, pudiere parecer que la teoría del noqueo es la más adecuada para una situación en que las partes no se ponen plenamente de acuerdo respecto de todos los aspectos del contrato. Al fin y al cabo, la aplicación de la ley positiva supletoria sería, en primer lugar, la solución en el caso de que no se hubieran cruzado condiciones generales de la contratación entre las partes. Sin embargo, la aplicación estricta e inflexible de la regla del noqueo puede llevar a soluciones contrarias a la intención de las partes. A modo ilustrativo, pensemos en aquellos casos en los que las partes tienen una clara intención de someter sus eventuales controversias al arbitraje. Para ello, incluyen en cada formulario su propia cláusula de sumisión al arbitraje. No obstante, no existe acuerdo respecto de que corte arbitral será la competente. Si la teoría del noqueo fuera aplicada de forma inflexible, ninguna de las cláusulas arbitrales formaría parte del clausulado contractual, dado que no son coincidentes, con la consecuencia de que la jurisdicción ordinaria sería competente¹¹. De este ejemplo, se puede observar que la aplicación estricta de la teoría del noqueo tiene efectos perversos, limitando, en cierto modo, la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, algunos autores¹² abogan por un papel más protagonista del juez, quién en base a los postulados de la buena fe vaya más allá de una aplicación rígida de esta teoría, para así salvaguardar la autonomía de las partes.

⁸ S. LOIZOU, op.cit., nota 7, p.4.

⁹ M.P. PERALES VISCASILLAS, “Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles”, *Pace International Law Review*, n° 10/1, 1998.

¹⁰ J. A. ÁGUILA REAL, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p.278.

¹¹ Caso “Lea Tai Textile Co. v. Manning Fabrics” U.S. District Court for the Southern District of New York 1975. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/411/1404/1643604/> (última consulta 1 de junio de 2022).

¹² Entre otros; PERALES VISCASILLAS/ MARTÍN RODRÍGUEZ, SOTERIOS LOIZOU.

D) La teoría del mejor disparo (*best-shot rule*)¹³

10. La consideración de esta teoría y de la teoría del disparo razonable como teorías independientes no es una cuestión del todo pacífica. Así, parte de la doctrina¹⁴ las encuadran como variantes de la teoría del noqueo, mientras que otra parte de la doctrina¹⁵ considera que pueden ser independientes. En base a la teoría del mejor disparo, el juez ha de elegir el set más justo de condiciones generales, entendido como aquel que genere el mejor equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. El juez, por tanto, a la vista de las condiciones generales introducidas por las partes, deberá decidir cuál de ambas es la más justa. En puridad, el juez ceñirá su decisión a la elección de uno u otro de los sets, sin poder, en principio, integrar el contenido de ambos sets de condiciones generales en el clausulado contractual.

No obstante, esta teoría adolece de dos claros inconvenientes. Por un lado, el juez tendrá que realizar su selección según el concepto de justicia o de lo que es justo, lo cual implica traer a colación un concepto jurídico indeterminado de muy difícil integración. Por otro lado, la teoría del mejor disparo encuentra un inconveniente práctico. Si el juez ha de decidir seleccionar, en bloque, las condiciones generales de la contratación que sean más equilibradas para las partes, que sucederá en aquellos casos en los que los términos de los formularios de las partes sean diametralmente opuestos. En estos casos, la necesidad de remitirse en bloque a uno u otro set de condiciones generales supone un obstáculo de muy difícil superación, dado que será casi imposible alcanzar el propósito de justicia, como equilibrio entre las partes, fundamento de esta teoría.

Cabe destacar que esta teoría fue modelada por la profesora GIESELA RÜHL¹⁶, introduciendo la teoría del disparo eficiente (“*efficiency based best-shot rule*”). Esta variante se diferencia de la teoría elaborada por GOLDBERG, en que el criterio de lo justo se sustituye por el criterio de eficiencia¹⁷. De este modo, el objetivo no se encuentra en la búsqueda de un equilibrio de los derechos y las obligaciones de las partes, sino que, se busca que el resultado sea lo más eficiente posible. Pese a que quepa considerar que la utilización del criterio de eficiencia como elemento modulador es superior al uso de un concepto indeterminado y abstracto como es el principio de justicia, esta teoría adolece del mismo defecto fundamental, la necesidad de remitirse en bloque a uno de los dos sets de condiciones generales.

E) La teoría del disparo razonable (*reasonable-shot rule*)

11. La teoría del disparo razonable, junto con la teoría del mejor disparo, es el producto de la búsqueda de nuevas alternativas de solución a la batalla de los formularios. Esta teoría debe su existencia al profesor OMRI BEN-SHAHAR¹⁸, quien la construye en base al criterio de razonabilidad. Bajo los postulados de esta teoría, se deberá desgranar cuestión por cuestión cada uno de los términos en conflicto, eligiendo aquellos de los dos sets de condiciones generales que sean más razonables. Ello implica que no todos y cada uno de los términos que finalmente triunfen han de proceder necesariamente de uno de los sets de condiciones generales, sino que, por el contrario, podrán proceder de ambos sets indistintamente. Esto otorga mucha más flexibilidad al juez a la hora de determinar los términos del contrato que en aquellos casos en los que tiene que elegir en bloque entre uno u otro set.

En lo tocante a la pieza central de la teoría, la razonabilidad, se configura desde dos vertientes. Por un lado, respecto de criterios tales como la sorpresividad del término, la conexión con el supuesto o lo que es habitual en el mercado correspondiente. Por otro lado, en relación con criterios económicos de

¹³ Esta teoría fue elaborada por V. GOLDBERG en su obra “The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, nº 155, 1997.

¹⁴ S. LOIZOU.

¹⁵ Entre otros; O. BEN-SHAHAR, V. GOLDBERG, G. RÜHL.

¹⁶ G. RÜHL, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, *24 U.P.A. J. INT’L ECON. L.*, nº 189, 2003, p.221.

¹⁷ La profesora G. RÜHL emplea el concepto de eficiencia Kaldor-Hicks. El cual implica que una situación será eficiente cuando un cambio en las condiciones provoque que la pérdida acumulada sea mayor que el beneficio acumulado.

¹⁸ O. BEN-SHAHAR, “An EX-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing the Parties to Draft Reasonable Terms”, *Law & Economics Working Papers University of Michigan Law School*, 2004.

eficiencia. Respecto de la primera vertiente, el juez tendrá que indagar en la razonabilidad de los términos propuestos por las partes. A modo de ejemplo, si ambas partes incluyen cláusulas arbitrales en sus condiciones generales, estableciendo una de ellas un lugar de arbitraje accesible y con conexión al caso, mientras que la otra establece un arbitraje en un lugar remoto sin relación alguna con el contrato o las partes, el juez deberá elegir la primera de las cláusulas. Respecto de la segunda, el énfasis se sitúa en la optimización del contrato desde un punto de vista económico. Se trata de que el clausulado contractual resultante cumpla el objetivo de reducir costes o de no generar incentivos a su producción. De esta forma, no se considera como razonable una cláusula por la cual se permite a una parte negligente obtener una indemnización, generando incentivos, por tanto, a no observar el cuidado debido.

Asimismo, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones el precio está fuertemente influenciado por los términos del contrato. Por ejemplo, mayores garantías implican un mayor coste y, por tanto, un precio mayor. Si la reducción del coste deriva de una reducción de las garantías, y se ha permitido a la contraparte disfrutar de tales beneficios en la forma de un precio más reducido, la cláusula debería considerarse como razonable, pese a que pudiese establecer un régimen de garantías significativamente más laxo que el supletoriamente aplicable. Destacar que la principal crítica objetada a esta teoría es sustancialmente idéntica a la expuesta con anterioridad respecto de la teoría del mejor disparo, las dosis de inseguridad jurídica inherentes al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de lo justo o lo razonable.

F) La teoría del primer disparo (*first-shot rule*)

12. La teoría del primer disparo ofrece la solución inversa a la teoría del último disparo. Los términos del oferente triunfarán sobre los términos del aceptante, dado son los primeros que han sido “disparados”¹⁹. Si el aceptante no quiere quedar vinculado por los términos del oferente, deberá rechazar y realizar una nueva oferta con sus propias condiciones. Esta teoría no solo adolece de los mismos defectos que la teoría del último disparo, sino que, además, configura el consentimiento sobre los términos en un momento temporal de la negociación que parece contrario a la lógica. Pese a ello, esta teoría encuentra acogida en el Derecho positivo holandés. El artículo 6:225 (3) del Código Civil holandés establece que cuando la oferta y la aceptación se refieran a condiciones generales diferentes, la segunda referencia carece de efecto. Por tanto, la parte que envíe el segundo set de condiciones generales de la contratación deberá rechazar expresamente los términos contenidos en la oferta²⁰.

2. La batalla de los formularios en el Derecho comparado

13. A continuación, se llevará a cabo un análisis de la batalla de los formularios en el Derecho comparado. Para ello, serán objeto de análisis el Derecho estadounidense, el Derecho inglés, el Derecho canadiense, el Derecho alemán, el Derecho francés y el Derecho chino en la materia.

A) Estados Unidos

14. En los Estados Unidos la solución legislativa a la batalla de los formularios se encuentra en la sección 2-207 UCC (*Uniform Commercial Code*). Esta sección acoge en su seno la teoría del noqueo como la solución adecuada a la batalla de los formularios. En principio, los términos del contrato quedarán fijados por aquellos que las partes hayan acordado en sus ofertas, junto con los términos suplementarios establecidos en el código uniforme de comercio. De esta manera, los términos no coincidentes de los formularios de

¹⁹ J. MURRAY, “The Definitive Battle of the Forms: Chaos Revisited”, *Journal of Law and Commerce*, nº 20/1, 2000, pp. 1-48.

²⁰ T. KADNER GRAZIANO, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of the Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, 2013, p.76.

las partes quedan expulsados, supliéndose tales extremos con la ley supletoria aplicable. No obstante, la solución ofrecida por la sección 2-207 UCC ha sido objeto de múltiples críticas²¹, que abogan por su revisión.

B) Inglaterra

15. Bajo el *common law* inglés, la batalla de los formularios ha venido resolviéndose por la jurisprudencia²² en base a la teoría del último disparo²³. La formación del contrato sigue la regla clásica de la oferta y la aceptación, en base a los postulados de la regla del espejo. No obstante, se permite que el contrato se perfeccione a través de la realización de actos de ejecución. En estos casos, la determinación de que términos y condiciones serán de aplicación se resuelve aplicando la teoría del último disparo. Sin embargo, desde el voto particular de Lord Denning²⁴ en el conocido caso “*Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corp. (England) Ltd.*”, comenzó un debate sobre la conveniencia de acudir a otras fórmulas para superar la batalla de los formularios. Como resultado, de forma gradual ciertos tribunales han venido adoptando otros postulados. Así, en el caso “*GHSP Inc v AB Electronic Ltd 2010*” se decidió aplicar al contrato la ley supletoria, la *Sale of Goods Act 1979*, excluyendo las condiciones generales de las partes²⁵.

C) Canadá

16. La legislación comercial canadiense está muy influenciada por el *common law* inglés²⁶. Debido a su influencia, la situación actual en el Derecho canadiense respecto de la batalla de los formularios es muy semejante a la que existe en Inglaterra. De este modo, los principios básicos en la materia son la regla del espejo para la formación de los contratos junto con la regla del último disparo²⁷. No obstante, es necesario tener en cuenta que Canadá carece de una legislación uniforme a nivel nacional en la materia, con lo cual no se puede hablar de una solución uniforme a la presente controversia. Prueba de ello, es la heterogeneidad de las diferentes soluciones aportadas por los tribunales canadienses, los cuales han ido más allá de las soluciones rígidas ofrecidas por la teoría del último disparo²⁸.

D) Alemania

17. En la actualidad la corriente predominante en Alemania, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, es favorable a la aplicación de la teoría del noqueo²⁹. Sin embargo, ello no siempre ha sido

²¹ C. BROWN, “Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work”, *N.C. L. Rev.*, n° 69, 1991, p.894.

J. MURRAY, “An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *J.L. & Com.*, n° 11, 1988, p.38.

²² Uno de los primeros casos fue *Hyde vs Wrench 1840 U.K.* Más recientemente, *Tekdata Interconnections Ltd v Amphenol Ltd 2009* y *Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato Kft 2010*.

²³ K. STEMP, “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, n° 15, 2005.

²⁴ En su voto particular, Lord Denning criticó la aplicación inflexible de la regla del último disparo, argumentando que la decisión debe de ser tomada caso por caso y atreviéndose a perfilar que la solución debiera de pasar por el análisis conjunto de ambos sets de condiciones generales.

²⁵ No obstante, la decisión del tribunal vino claramente influenciada por el hecho de que las partes no pusieron fehacientemente de manifiesto a la contraria sus condiciones generales.

²⁶ C. SUKURS, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n° 34/5, 2001.

²⁷ Caso “*Cariboo-Chilcotin Helicopters Ltd. v. Ashlaur Trading Inc. (British Columbia Court of Appeal) 2006*”.

²⁸ Para un estudio de la jurisprudencia canadiense más relevante en la materia, ver SHARIFF y MARECHAL, “Revisiting the Battle of the Forms: A Case Study Approach to Legal Strategy Development”, *Asper Journal of International Business and Trade Law*, 2009.

²⁹ K. WILDNER, “Art.19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, *Pace International Law Review*, n° 20/1, 2008.

así. Se puede afirmar que hasta antes de la década de los años setenta, predominaba la teoría del último disparo en base a la aplicación restrictiva del artículo 150 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*), quien consagra el postulado tradicional de la oferta y la aceptación para la formación del contrato. En los años setenta los tribunales alemanes dieron un giro jurisprudencial abrazando la teoría del noqueo³⁰. Para ello, fundamentaron su decisión en la aplicación del artículo 6.2 de la Ley reguladora de las condiciones generales de la contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), el cual establece que, si las condiciones generales no forman parte del contrato o son ineficaces, el contenido del contrato estará compuesto por las normas supletorias aplicables. Esta corriente no solo ha sido objeto de aplicación en casos puramente domésticos, sino que incluso en el ámbito internacional, en el marco de la aplicación de la Convención, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su conocida resolución de 9 de enero de 2002, aplicó la teoría del noqueo.

E) Francia

18. El Código Civil francés no ofrece una solución expresa a la batalla de los formularios³¹. Pese a ello, parece existir un acuerdo doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de la teoría del noqueo a esta problemática³². No obstante, en los últimos años la legislación se ha posicionado en favor de las condiciones generales de venta sobre las condiciones generales de compra. Así, el artículo 441-1-III del código de comercio establece “*Dés lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale.*”

En esta misma línea, se ha pronunciado la Corte de Apelación de París en su sentencia de 18 de diciembre de 2013, quien argumentó que la imposición sistemática de las condiciones generales de compra, idénticamente redactadas para todas las compras, elimina la negociación y crea un desequilibrio patente en los derechos y obligaciones de las partes. Posteriormente, este mismo tribunal matizó su postura en su sentencia de 17 de junio de 2021 defendiendo que las condiciones generales de venta no siempre desplazan a las condiciones generales de compra, pudiendo estas últimas gobernar el contrato en el caso de ser aceptadas. A efectos prácticos, las condiciones generales de venta serán el elemento central alrededor del que pivotarán las negociaciones de las partes. Aunque ello, lógicamente, no veda la posibilidad de que los términos del comprador puedan terminar imponiéndose en el marco de la negociación y formación del contrato.

F) China

19. La ley de contratos de la República Popular China de 1999 establece una legislación uniforme en materia contractual en todo el estado. Los artículos 30 y 31 detallan el régimen para la formación del contrato en base al juego de la oferta y la aceptación. Es de destacar que el contenido de la regulación china en la materia es prácticamente idéntico al contenido del artículo 19 de la Convención y al 2.1.11 UPICC³³. De este modo, para la formación del contrato, la oferta y la aceptación han de coincidir. No obstante, en caso de divergencia se atenderá a si la modificación es o no material. En caso de encontrarlos ante una modificación material de las condiciones, si la parte que recibe el último set de condiciones lleva a cabo actos de ejecución del contrato (artículo 22), el mismo se entenderá perfeccionado en base al último set de condiciones generales “disparado”.

³⁰ La primera resolución en aplicar la teoría del noqueo en Alemania data del año 1980 “OLG Köln, BB, 1980 1237, 1240.

³¹ F. VERGNE, “The Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *The American Journal of Comparative Law*, n° 33/2, 1985.

³² G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.205.

D. LOYCKE, *CMS Guide to the Battle of the Forms*, 2018.

³³ Se debe tener en cuenta que en el año 1999 China se encontraba en un profundo proceso de transformación de su economía cara un modelo de economía de mercado. La implantación de la Ley de Contratos China fue uno de los pilares jurídicos para cimentar su incorporación a la Organización Mundial del Comercio, la cual se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2001.

Cabe destacar que pese a la influencia que los Principios UNIDROIT tienen sobre la legislación contractual china, la ley de contratos carece de un artículo o apartado específicamente dedicado a la batalla de los formularios. Este alejamiento de lo dispuesto en el artículo 2.1.22 UPICC, el cual consagra la teoría del noqueo, y a la vista de la regulación positiva doméstica y su correlación con el artículo 19 de la Convención, puede permitir concluir que la ley de contratos china acoge la teoría del último disparo³⁴. Ello en contraposición a la profesora *NICOLE KORNET*³⁵, quién considera que la influencia del UPICC en la ley de contratos china permitiría concluir que la teoría del noqueo viene apoyada implícitamente en la norma.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, pese a los esfuerzos de las últimas décadas, China no puede ser catalogada como una economía de mercado pura³⁶. Para el caso que nos ocupa, tradicionalmente las condiciones generales de la contratación se han venido empleando como un vehículo para garantizar el cumplimiento de la planificación económica estatal. Bien a través de una regulación impuesta directamente por la administración o por las SOEs (*state owned enterprises*)³⁷. Por ello, la solución que se dé por los tribunales chinos a la presente controversia puede depender de ciertos aspectos dependientes del intervencionismo gubernamental y no por la aplicación pura del Derecho.

3. La batalla de los formularios en los principios UNIDROIT

20. Uno de los trabajos más destacados del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) son sus principios sobre los contratos comerciales internacionales. Estos principios no constituyen un texto uniforme con vocación de plenitud en la materia. Por tanto, no pretenden sustituir a la Convención. Al contrario, de su preámbulo se puede concluir que los principios se erigen en una especie de instrumento interpretativo tanto del Derecho nacional como fundamentalmente del Derecho internacional en la materia³⁸. No obstante, cabe que las partes en el marco de su autonomía de la voluntad elijan estos principios como los reguladores de su contrato.

21. Los principios UNIDROIT habiendo sido publicados por primera vez en el año 1994, se encuentran claramente influenciados por la Convención. Esta influencia llega al punto de que algunas de las reglas contenidas en los principios son tomados literalmente de la Convención. En palabras de *MICHAEL JOACHIM BONELL*³⁹, quien fue uno de los arquitectos de los principios UNIDROIT, “*En la medida en que ambos instrumentos tratan las mismas cuestiones, las reglas establecidas en los principios UNIDROIT normalmente son tomados literalmente o al menos en substancia de las provisiones correspondientes del CISG. Los casos en los que los principios se alejan de lo dispuesto en el CISG son excepcionales*”.

Una clara muestra de ello la encontramos en el paralelismo existente entre el apartado 2.1.11 de los principios y el artículo 19 de la Convención. Ambas provisiones regulan de forma idéntica la aptitud de la aceptación para perfeccionar el contrato. Así, el apartado 2.1.11 de los principios y los apartados 1 y 2 del artículo 19 de la Convención son idénticos tanto en substancia como en forma, teniendo redacción casi idéntica. Pese a este paralelismo respecto de las reglas relativas a la formación del contrato, la respuesta que se da en los principios a la batalla de los formularios difiere de la contenida en la Convención. A diferencia de la Convención, los principios contienen un apartado expresamente dedicado a esta controversia. Así, el apartado 2.1.22 que tiene por título “*Conflicto entre Formularios*” establece: “*Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de*

³⁴ T. KADNER GRAZIANO, op.cit., nota 20, p.75.

³⁵ N. KORNET, “Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of the Forms and Standard Form Contracts”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, 2011.

³⁶ A. KROEBER, *China's Economy: What Everybody Needs to Know*, Ed. Oxford University Press, 2016.

³⁷ B. LING, *Contract Law in China*, Ed. Sweet & Maxwell Asia, 2002, p.108.

³⁸ A. KRITZER, “General Observations on use of the UNIDROIT Principles to help interpret the CISG”, *CISG Database*, 2009.

³⁹ M.J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instrument?”, *Uniform Law Review*, nº 26, 1996, pp. 26-39.

lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.”

Del contenido de este apartado se puede apreciar que los principios UNIDROIT acogen la teoría del noqueo como solución a la batalla de los formularios⁴⁰. Alejándose, por tanto, de la teoría del último disparo acogida por la Convención y siguiendo, por contrapartida, al *Uniform Commercial Code* estadounidense y su sección 2-207.

4. La batalla de los formularios en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)

22. Los principios de Derecho europeo de contratos son el producto del trabajo de la comisión de Derecho europeo de los contratos. Esta comisión comenzó sus trabajos en el año 1982 bajo la dirección del académico danés *OLE LANDO*⁴¹, con el objetivo de crear una primera aproximación a través de la formulación de unos principios generales de Derecho contractual a un futuro Código Civil europeo. Los trabajos de esta comisión encontraron apoyo en las instituciones de la Unión Europea⁴². La pluralidad y diversidad de legislaciones en la materia en los diferentes estados miembros de la U.E. eran y siguen siendo considerados como obstáculos al funcionamiento de un mercado único altamente competitivo⁴³. En base a estas premisas, se promulgaron en el año 1999⁴⁴ estos principios con el objetivo de servir de instrumento interpretativo en el ámbito contractual europeo.

23. Del mismo modo que los principios UNIDROIT, los PECL no pretenden erigirse en una regulación sustantiva uniforme, sino que, por el contrario, tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales de Derecho de los contratos en la Unión Europea. Pese a ello, también prevén la posibilidad de que las partes puedan elegir estos principios como la norma reguladora de sus contratos (artículo 1:101).

24. Respecto de la formación del contrato, los PECL en su artículo 2:208 siguen el modelo clásico también adoptado por la Convención y los principios UNIDROIT. Del mismo modo que los principios UNIDROIT, los PECL tienen una provisión expresamente dedicada a la batalla de los formularios. Así, el artículo 2:209 que tiene por título *“Incompatibilidad entre Condiciones Generales”* establece:

“(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial.

(2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes: (a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o (b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato.

(3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes”.

A la luz del artículo 2:209, y al igual que en el caso de los principios UNIDROIT, los PECL acogen a la teoría del noqueo como la solución a la presente controversia⁴⁵.

⁴⁰ G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.207.

⁴¹ O. LANDO, “Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with UCC” *Pace International Law Review*, nº 13, 2001 pp. 339-369.

⁴² Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994.

⁴³ C. CASTRONOVO, “Contract and the Idea of Codification in The Principles of European Contract Law”, *Festschrift til Ole Lando*, 1997, pp.109-124.

⁴⁴ El texto completo se puede consultar aquí: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> (última consulta 1 de junio de 2022).

⁴⁵ G. RÜHL, op.cit., nota 16, p.208.

5. La batalla de los formularios en la Convención

25. La Convención carece de un artículo o apartado expresamente dedicado a la batalla de los formularios. No obstante, su artículo 19 dedicado a la formación del contrato establece las bases para poder afrontar la presente controversia en sede de la Convención.

El artículo 19 de la Convención contiene los siguientes 3 apartados:

“1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.”

26. Del apartado primero se puede apreciar claramente como la Convención parte del postulado clásico de oferta y aceptación propio de la regla del espejo. En principio, en aquellos casos en los que la aceptación no coincida con los términos de la oferta ésta se considerará una contraoferta. La decisión de adoptar la regla del espejo en la Convención vino determinada por la necesidad de consenso en la redacción del texto uniforme⁴⁶. De este modo se logró un punto de equilibrio al adoptar una solución consistente con la tradición jurídica del *common law*, así como del *civil law*⁴⁷.

Ahora bien, el propio artículo 19 en su apartado 2 se encarga de introducir un grado de flexibilidad que lo aleja de los postulados más estrictos de la regla del espejo propios del *common law* inglés⁴⁸. En base a este inciso, la inclusión en la aceptación de elementos diferentes o adicionales que no alteren sustancialmente los de la oferta podrán formar parte del contrato, salvo que el oferente se oponga sin demora justificada.

27. A pesar de esta innovación, la virtualidad práctica del apartado 2 se ve seriamente comprometida a la luz del apartado 3. El apartado 3 del artículo 19 establece un listado no exhaustivo de adiciones o modificaciones que tendrán la consideración de alteraciones sustanciales y que, por tanto, no podrán conducir su incorporación al contrato a través de la vía del apartado precedente. El hecho de que el listado del apartado 3 sea un listado no exhaustivo, lleva a poder concluir, como ya se indicó con anterioridad, que cualquier modificación pueda ser considerada como sustancial⁴⁹. De este modo, a la luz del artículo 19 de la Convención, y pese a la intensa discusión doctrinal y jurisprudencial en la materia, se puede afirmar que la Convención acoge la teoría del último disparo como la solución a la presente controversia⁵⁰. En base a ello, en aquellos casos en los que el destinatario de la oferta incluya alteraciones sustanciales de la misma en su aceptación, nos encontraremos ante una contraoferta que en caso de no ser rechazada conformará los términos del contrato.

28. Ahora bien, la teoría del último disparo tiene como requisito indispensable para su aplicación determinar que set de condiciones constituye el último disparo. De esta forma, si el oferente que recibe una aceptación con modificaciones no se opone a la misma y da curso a la ejecución del contrato,

⁴⁶ T.N. NGUYEN, “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding Battle of the Forms”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2009.

⁴⁷ F. VERGNE, *op.cit.*, nota 31.

⁴⁸ G. RÜHL, *op.cit.*, nota 16, p.196.

⁴⁹ K. STEMP, *op.cit.*, nota 23.

⁵⁰ A. FEJÖS, “Battle of the Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, n° 11, 2007, pp. 113-129.

por ejemplo, pagando el precio o abriendo una línea de crédito, se podrá determinar que la aceptación constituye el último disparo⁵¹.

29. Sin embargo, la teoría del último disparo es claramente defectuosa en aquellos casos en los que las partes han comenzado a llevar a cabo actos de ejecución del contrato, pero continúan insistiendo en la aplicación de sus propias condiciones generales, en lo que es una clara materialización del incentivo al efecto ping-pong⁵². En estos casos el contrato se entiende perfeccionado en base al artículo 18.3 de la propia Convención, el cual permite entender la aceptación a través de actos de ejecución. Ahora bien, la determinación del contenido obligacional del contrato se hace hartamente complicado si pretendemos utilizar única y exclusivamente la teoría del último disparo⁵³. Por ello, en línea con el profesor *MAGNUS ULRICH* considero que la aplicación de la teoría del último disparo debiera de estar restringida a aquellos supuestos en los que se aprecie que la parte que recibe el último disparo lleva a cabo actos de ejecución sin continuar insistiendo en la aplicación de sus propias condiciones generales⁵⁴.

30. Teniendo en cuenta la rigidez e insuficiencia práctica de la teoría del último disparo, así como las críticas ya comentadas con anterioridad respecto de esta teoría, se han puesto de manifiesto diversas alternativas tanto doctrinales como jurisprudenciales para tratar de escapar de la aplicación del artículo 19 o para dar cabida a la teoría del noqueo en el propio artículo.

31. Por un lado, una parte de la doctrina defiende que la batalla de los formularios no encuentra solución en la Convención, debiendo recurrirse a la ley doméstica no uniforme⁵⁵. Sin embargo, el contenido del artículo 19 es claro, ofreciendo una solución a la batalla de los formularios, con independencia de su mayor o menor acierto. De hecho, se puede apreciar en el proceso legislativo de la Convención como existieron propuestas alternativas a la fórmula del último disparo⁵⁶. La delegación belga propuso incluir un apartado en el que se regulase explícitamente la controversia⁵⁷, acogiendo la teoría del noqueo en su seno. Sin embargo, esta propuesta no salió adelante, lo cual evidencia que se propuso una alternativa a la teoría del último disparo, siendo ésta rechazada⁵⁸.

Adicionalmente, el recurso a la legislación doméstica pone en riesgo uno de los objetivos básicos de la Convención, su interpretación uniforme en sede internacional. El éxito de la Convención depende de su interpretación uniforme incluyendo aquellos aspectos no expresamente regulados en la misma⁵⁹. Si la resolución de la batalla de los formularios se hiciese depender de la aplicación de la legislación doméstica, la solución a esta cuestión variaría de estado a estado.

32. Por otro lado, algunos autores⁶⁰ consideran que la batalla de los formularios debe ser solucionada en base a los principios generales en aplicación del artículo 7 de la Convención. No obstante, para que entren en juego los principios generales es necesario, en conformidad con el artículo 7.2, que la materia no esté resuelta en la Convención. Para el caso que nos ocupa, se entiende que la batalla de los formularios está regulada en el artículo 19, con lo cual, no procede acudir, en principio, a los principios

⁵¹ Caso *Allied Dynamics v. Kennametal* 2014: En el que el comprador demandante no se opuso a las condiciones generales remitidas por el vendedor demandado y dio curso a la ejecución del contrato.

⁵² M. ULRICH, "Last-shot vs Knock out- Still Battle over the Battle of the Forms Under the CISG", *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, 2007, pp. 185-200.

⁵³ C. MOCCIA, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of the Forms", *Fordham International Law Journal*, n° 13/4, 1989.

⁵⁴ Caso *OLG Linz IHR* 2007: En el que un comprador se refirió a sus condiciones generales en un primer momento, pero nunca volvió a hacerlo pese a que el vendedor se refirió a sus propias condiciones generales de forma continuada en toda la correspondencia subsiguiente.

⁵⁵ Entre otros; F. DESSEMONTET/ M. J. GREINER.

⁵⁶ Los registros oficiales del proceso legislativo se pueden consultar en el siguiente enlace <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a-conf-97-19-ocred-eng.pdf> (última consulta 1 de junio de 2022).

⁵⁷ p.288 - 289 de los registros oficiales.

⁵⁸ M.P. PERALES VISCASILLAS, op.cit., nota 9.

⁵⁹ C. MOCCIA, op.cit., nota 53.

⁶⁰ Entre otros; VAN DER VELDEN, P. DEL DUCA y C. MOCCIA.

generales. Todo ello, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención respecto de la obligatoriedad de las prácticas de las partes y del comercio internacional.

33. Finalmente, también cabe destacar la alternativa propuesta por el profesor *DIEZ-PICAZO*⁶¹, quién parte de la premisa de que la cuestión no es una de formación del contrato, sino que se refiere a la determinación del contenido del contrato. Por tanto, perteneciendo el artículo 19 a las reglas relativas a la formación del contrato, la cuestión ha de quedar excluida de su umbral de aplicación.

34. Con independencia del mayor o menor mérito de las alternativas doctrinales puestas de manifiesto con anterioridad, coincido con la profesora *PERALES VISCASILLAS*⁶² en que las reglas de la Convención proporcionan una regulación comprensiva de la formación del contrato y de la oferta y aceptación, siendo éstas y solo éstas las que, en principio, han de regir la cuestión.

35. Por otra parte, la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo del artículo 19 de la Convención puede calificarse como heterogénea y cambiante. Es quizás en este extremo, donde las diversas tradiciones jurídicas nacionales siguen jugando un rol relevante en la delimitación de los contornos de la Convención. La inexistencia de un tribunal con superioridad jerárquica, al estilo del TJUE en el ámbito europeo, con capacidad para interpretar de forma autónoma la Convención, provoca que la aplicación e interpretación de una misma provisión de la Convención sea dispar dependiendo del país donde se encuentre el litigio.

En el marco de esta heterogeneidad jurisprudencial no es de sorprender que la solución dada a la batalla de los formularios en los contratos regidos por la Convención sea poco uniforme. Así, la jurisprudencia se encuentra dividida entre aquellos órganos jurisdiccionales que aplican la teoría del noqueo y aquellos que se ciñen a la teoría del último disparo.

No obstante, es importante tener en cuenta que la casuística es muy diversa y en muchas ocasiones, la decisión final respecto de la batalla de los formularios viene influenciada por otros aspectos concretos como la dinámica de las negociaciones entre las partes, la forma y puesta a disposición de las condiciones generales de la contratación, entre otras. Lo cual, anudado al recelo de ciertas jurisdicciones a la aplicación de la Convención⁶³, provoca que sea bastante difícil encontrar un supuesto o modelo puro de la batalla de los formularios.

36. La mayor parte de la jurisprudencia ha venido aplicando la teoría del último disparo cuando se ha enfrentado a la cuestión en sede de la Convención. Por un lado, el *Oberlandesgericht* de Saarbrücken en su decisión de 13 de enero de 1993 consideró que los términos adicionales incluidos en la carta de confirmación del vendedor fueron aceptados por el comprador al aceptar éste el envío. Por otro lado, en el caso *Magellan Int'l Corp vs Salzgitter Handel GmbH*, la corte del distrito norte de Illinois consideró que el contrato se perfeccionó en el momento en el que el comprador abrió una letra de crédito, quedando los términos del contrato definidos por aquellos acordados en dicho momento.

Estas resoluciones aplican la regla del último disparo obedeciendo al mismo esquema ya comentado, la aceptación del último set de condiciones generales disparado en base a la realización de actos de ejecución por la contraparte⁶⁴. Sin embargo, de forma gradual ha aumentado el número de tribunales que, en gran medida influenciados por sus tradiciones domésticas, han comenzado a acercarse a la teoría del noqueo para resolver la batalla de los formularios en sede de la Convención⁶⁵.

⁶¹ L. DIEZ-PICAZO, "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", *Encuentros sobre Derecho Iberoamericano, Derecho Privado, Fundación BBV*, 1995 p.8.

⁶² M.P. PERALES VISCASILLAS, op.cit., nota 9.

⁶³ C. SUKURS considera que la mayor parte de los abogados y jueces estadounidenses carecen de conocimientos sobre la Convención. Sospecho que este estado de cosas puede ser extrapolable a la mayor parte de las jurisdicciones.

⁶⁴ Entre otras: "Caso Roser Technologies vs Carl Schreiber" Western District of Pennsylvania U.S. 2013.

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo número 8611/97.

⁶⁵ K. STEMPEL, op.cit., nota 23.

37. Entre las muestras jurisprudenciales más destacadas al respecto, cabe resaltar la ya mentada decisión de 9 de enero de 2002 del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*)⁶⁶. En este caso, las condiciones generales del vendedor alemán y del comprador holandés contenían cláusulas divergentes respecto de la extensión de la responsabilidad del primero de ellos. Las partes ejecutaron el contrato y solamente cuando los consumidores finales del producto mostraron su insatisfacción frente al empresario holandés, comenzaron a discutir respecto de las cláusulas de responsabilidad. El tribunal consideró que la contradicción en los términos “*no previno la existencia del contrato de compraventa dado que las partes no consideraron esta divergencia como un obstáculo para la ejecución del contrato.*” Excluyendo, asimismo, las cláusulas divergentes del contenido obligacional del contrato. En conclusión, el mensaje del Tribunal Supremo alemán es que las condiciones generales contradictorias son totalmente inválidas y son reemplazadas por las provisiones de la Convención, manteniéndose la validez del contrato⁶⁷.

También cabe destacar la decisión de 16 de julio de 1998 de la Corte de Casación francesa en la que aplicó la teoría del noqueo respecto de cláusulas de jurisdicción disconformes. Pese a que la corte consideró que las cláusulas de jurisdicción son elementos sustanciales en los términos del artículo 19.3 CISG, no decidió privar de validez al contrato, sino que decidió inaplicar ambas cláusulas, empleando para determinar la jurisdicción competente las reglas de Derecho internacional privado.

Estas dos decisiones son realmente relevantes fundamentalmente debido a la entidad de estos dos órganos jurisdiccionales. No obstante, cabe destacar, como ya se ha señalado con anterioridad, que una de las razones básicas por las que el Tribunal Supremo alemán y la Corte de Casación francesa han aplicado la teoría del noqueo radica en que es éste el modelo dominante en su tradición jurídica doméstica. En todo caso, estas dos decisiones no son aisladas, sino que se encuadran dentro de una tendencia de flexibilización respecto de la resolución de la batalla de los formularios.

38. En conclusión, la batalla de los formularios en sede de la Convención no es ni mucho menos una cuestión pacífica y resuelta, sino todo lo contrario. Pese a que del literal del artículo 19 se desprenden los postulados propios de la teoría del último disparo, la falta de un artículo expresamente dedicado a la cuestión, anudado al hecho de que nos encontramos ante un texto internacional en el que confluyen diversas tradiciones jurídicas heterogéneas y ante la insatisfacción que la teoría del último disparo genera en gran parte de la doctrina, se han venido desarrollando alternativas diversas para ofrecer una solución diferente y más flexible a la presente cuestión.

III. Visión crítica respecto de la batalla de los formularios y sus implicaciones

39. La batalla de los formularios continúa, aún hoy en día, sin una clara solución. Cabe afirmar que ni la doctrina ni el legislador nacional e internacional han logrado todavía ofrecer una solución plenamente satisfactoria a esta cuestión. Las diferentes teorías puestas de manifiesto por la doctrina, aun siendo algunas más acertadas que otras, no alcanzan a ofrecer una solución incontrovertida, teniendo todas y cada una de ellas inconvenientes que en cierto modo las hacen inadecuadas.

40. Por otra parte, del análisis efectuado supra las soluciones incorporadas en la legislación en la materia han orbitado fundamentalmente alrededor de las 3 principales teorías; la teoría del espejo, la teoría del último disparo y la teoría del noqueo. Por tanto, adolecen de los defectos que esas propias teorías tienen.

⁶⁶ Para un detallado comentario sobre esta resolución ver M.P. PERALES VISCASILLAS: “Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, nº 2, 2002, pp. 217-228.

⁶⁷ P. SCHLECHTRIEM, “Battle of the Forms in International Contract Law: Evaluation of approaches in German Law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2002.

41. Adicionalmente, el tratamiento positivo de la batalla de los formularios en el Derecho internacional carece de homogeneidad. Ello, no solamente se muestra en la discrepancia respecto de las soluciones aportadas en las diversas normas de fuente internacional y en el Derecho comparado, sino que también se pone de manifiesto en la interpretación y aplicación que de estas normas ha hecho la jurisprudencia, la cual ha resuelto la presente controversia de forma dispar pese a aplicar las mismas previsiones legales.

42. Como no podía ser de otra forma, la oscuridad, complejidad e incertidumbre propia de la batalla de los formularios se traduce en una serie de implicaciones que han de ser tenidas en cuenta por las partes involucradas en la contratación comercial internacional. El desconocimiento de la batalla de los formularios o la falta de anticipación respecto de ésta puede traducirse en grandes desventajas para la parte que actúa de tal manera. Partiendo de que el uso de las condiciones generales de la contratación es la norma en el comercio internacional⁶⁸ un conocimiento y preparación exhaustiva de esta problemática puede resultar en una ventaja competitiva.

43. A continuación, se procederá a realizar un apunte crítico respecto de la situación actual de la presente cuestión en sede doctrinal, legislativa y jurisprudencial. Asimismo, se abordarán las implicaciones que la batalla de los formularios produce en el comercio internacional. Así como se aportará una visión estratégica dirigida a optimizar la conducta de los operadores de comercio exterior en relación con la batalla de los formularios.

1. Desde un punto de vista doctrinal

44. Doctrinalmente se han venido elaborando diversas teorías para solucionar la batalla de los formularios. Es posible observar que el tratamiento doctrinal ofrecido a esta cuestión ha ido evolucionando a lo largo de los años. De este modo, hoy en día, como así ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, se puede hablar de la vigencia de hasta seis teorías que tratan en base a diferentes postulados de abordar el debate.

Cabe realizar una división entre las doctrinas que cabría denominar como consolidadas, es decir, aquellas que parten de la regulación positiva o que han tenido acogida en la misma o en la jurisprudencia, y, por otro lado, aquellas más recientes que aún no han logrado hacerse eco más allá de ser consideradas como loables esfuerzos doctrinales.

45. En el primer grupo, podemos encontrar la teoría del espejo, la teoría del último disparo, la teoría del primer disparo y la teoría del noqueo. De todas ellas, considero que la más adecuada es la teoría del noqueo. La teoría del espejo pese a aportar seguridad y certidumbre jurídica no se adecua al estado actual de las cosas, quedando, en cierta manera, desfasada. Respecto de las teorías del primer y último disparo, tienen como principal inconveniente, entre otros defectos, el otorgar preferencia de forma arbitraria a una de las partes en atención al momento temporal de puesta de manifiesto de las condiciones generales de la contratación.

46. La teoría del noqueo, se sacude este inconveniente dado no vincula sus soluciones a momento temporal alguno. Por el contrario, pone su atención en los aspectos materiales, en la sustancia de las condiciones generales y de la existencia o no de divergencia entre ellas. Esta teoría, por tanto, es plenamente respetuosa con el principio del consentimiento respecto del diseño del contenido obligacional de la relación jurídica. Asimismo, aquellos aspectos en los que no haya acuerdo quedarán suplidos por la aplicación subsidiaria de las previsiones contenidas en la ley supletoria aplicable, solución del todo lógica y normal.

No obstante, como ya se ha llamado la atención previamente, la teoría del noqueo puede arrojar resultados contrarios a la autonomía de la voluntad de las partes. Esto se produce debido a que en pu-

⁶⁸ D. SLAWSON, op.cit., nota 1.

ridad la teoría del noqueo no gradúa la falta de acuerdo, es decir, cualquier aspecto regulado de forma divergente entre ambos sets de condiciones, deberá ser sustituido por la ley supletoria aplicable. Ello con independencia de si la falta de identidad se encuentra en el detalle o en la totalidad. A modo de ejemplo, si ambas partes incluyen en sus condiciones generales periodos de notificación relativos a la falta de conformidad dispares, pero mucho más generosos que la ley supletoria aplicable, la aplicación restrictiva de la teoría del noqueo arrojaría un resultado contrario a la voluntad de las partes.

47. Respecto del segundo grupo, que conforma una corriente moderna respecto de la batalla de los formularios, encontramos la teoría del mejor disparo y la teoría del disparo razonable. Lo primero que cabe destacar respecto de estas teorías es que rompen con los criterios de determinación tradicionales, basados o bien únicamente en el consentimiento o en el consentimiento junto con el elemento temporal. Esta nueva corriente pone su centro de atención en el contenido de las condiciones generales y ello, en cierta manera, con independencia tanto del aspecto temporal como consensual.

48. La teoría del mejor disparo en sus dos versiones; la original propuesta por *GOLDBERG*⁶⁹ y la variante eficiente de *RUHL*⁷⁰, pese a suponer una interesante aproximación a la cuestión desde, por un lado, un punto de vista de justicia y por otro, de eficiencia económica contractual, encuentran dos obstáculos fundamentales. Por una parte, ambas necesitan de la integración de conceptos indeterminados, los cuales generan costes y complicaciones en base a la incertidumbre que los mismos producen y, por otra parte, en principio, el juez o árbitro ha de seleccionar en bloque el set de condiciones generales que considere más adecuado según tales principios, lo cual implica un escenario de todo o nada para las partes pudiendo resultar en un desequilibrio extremo.

49. La teoría del disparo razonable elaborada por el profesor *OMRI BEN SHAHAR*⁷¹ nace inspirada en la teoría del mejor disparo de *GOLDBERG*, pero con un contenido propio e innovador que la hace adecuada para afrontar la batalla de los formularios. Esta teoría tiene como pieza central el criterio de razonabilidad, el juez o árbitro deberá analizar una por una las cláusulas controvertidas tal y como vienen redactadas en cada set de condiciones generales y elegir aquella que considere más razonable. La razonabilidad de una cláusula se realiza en base a dos criterios moduladores; la sorpresividad y la eficiencia. La determinación de si una cláusula es sorpresiva y, por ende, no razonable, se hace a la luz de la conexión que la misma tiene respecto de las partes o del litigio⁷². Así como a la luz de las prácticas y costumbres del mercado donde se contrata.

Por otro lado, respecto del criterio de eficiencia habrá que ver si la cláusula aumenta el valor global de la transacción. A modo de ejemplo, una cláusula por la cual se impone al vendedor la obligación de garantizar los bienes es razonable cuando es el vendedor el que se encuentra en la mejor posición para controlar la calidad de éstos o para proceder a su reparación o sustitución. Sin embargo, no sería razonable si el que se encontrase en esa posición privilegiada fuera el comprador. Adicionalmente, también será un indicio de razonabilidad de la cláusula, que los beneficios derivados de la aplicación de ésta sean compartidos con la contraparte, por ejemplo, vía precio final.

No obstante, la principal crítica que se realiza a esta teoría es la necesidad de integración de un concepto indeterminado como es la razonabilidad, o lo razonable. Sin embargo, esto no es un obstáculo insalvable. La razonabilidad pese a ser un concepto indeterminado no es un principio o criterio extraño en el mundo del Derecho, sino que, más bien al contrario, la razonabilidad está fuertemente incardinada en la ley, bien de forma expresa o implícita. Realmente, la aplicación de las previsiones legales supletorias tiene como objetivo acercar el contenido obligacional al equilibrio provisto por la ley, la búsqueda de lo razonable. Las previsiones contenidas en la ley suelen ser poco más que manifestaciones de lo razonable. En ocasiones se hace referencia de forma expresa a este concepto. Así, a modo de ejemplo,

⁶⁹ V. *GOLDBERG*, op.cit., nota 13.

⁷⁰ G. *RÜHL*, op.cit., nota 16.

⁷¹ O. *BEN-SHAHAR*, op.cit., nota 18.

⁷² Véase el ejemplo antes puesto de manifiesto respecto de la razonabilidad de una cláusula arbitral.

el artículo 39.1 de la Convención dice: “*El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya o debiera haberla descubierto.*” En otras ocasiones, el criterio de razonabilidad está integrado de forma implícita como orientación u objetivo de la norma.

Adicionalmente, esta teoría garantiza de forma más efectiva que se cumpla el criterio de razonabilidad que la aplicación misma de la ley. La ley, cuando integra en su contenido el postulado de lo razonable, lo hace de forma genérica, sin tener en cuenta las circunstancias específicas concurrentes en el caso concreto. Debido a esta desconexión de la ley con el caso objeto de enjuiciamiento, la aplicación estricta de la norma puede arrojar resultados contrarios al espíritu de ésta. A modo de ejemplo, la mayor parte de las leyes mercantiles establecen la obligación de garantía del lado del vendedor⁷³, dado presuponen que es éste quien se encuentra en la mejor posición al respecto. No obstante, puede que en un caso concreto ello no sea así. La teoría del disparo razonable, y su análisis casuístico, supera este defecto, aportando flexibilidad al sistema.

50. Las implicaciones de la adopción de la teoría del disparo razonable respecto de la forma de redactar y emplear las condiciones generales de la contratación serían profundas. Esta teoría genera un incentivo para que las partes redacten sus condiciones generales de forma razonable, alejándose de una mentalidad unilateral que solamente pretenda optimizar su propio beneficio, como de cierta forma incentivan las principales teorías dominantes actuales.

Por un lado, la teoría del último disparo al focalizar en al aspecto temporal, desliga su solución del contenido material de las condiciones generales. Por tanto, el resultado que se arroje de la aplicación de la teoría del último disparo, lo será con independencia de la razonabilidad de las cláusulas.

Por otro lado, la teoría del noqueo, si bien hace énfasis en el contenido de las condiciones generales, no genera incentivos a su redacción razonable más allá de lo desfavorable que pueda ser para una de las partes la aplicación de la ley supletoria. Solamente en este supuesto, las partes podrían tener un incentivo a redactar sus condiciones de forma más razonable para que así, en principio, sea más probable la aceptación de éstas por la contraparte⁷⁴.

Bajo la teoría del disparo razonable, se produciría un alejamiento respecto de la consideración de la contratación internacional como un juego de suma cero⁷⁵. Si las partes redactan sus condiciones generales sin tener en cuenta a la contraparte, las condiciones del mercado y las circunstancias concurrentes, con la única intención de maximizar su beneficio, corren el riesgo de que el juez o árbitro las expulsen por irrazonables.

51. Teniendo en cuenta este panorama, es razonable pensar que las partes emprenderían una carrera hacia el medio, el equilibrio. Lo novedoso de esta aproximación al problema, radica en que se trata de ofrecer una solución ex-ante al problema, en contraposición a la mentalidad dominante de tratarlo de forma ex-post, es decir una vez que la batalla ya ha comenzado y empieza a producir sus efectos. Bajo esta teoría, las partes⁷⁶ se ven obligadas a transitar desde una mentalidad unilateral y maximizadora a una mentalidad cooperativa basada en el principio de la razonabilidad. Esto permitiría solucionar el problema de la batalla de los formularios antes de que acaeciese, siendo, por tanto, la mayor virtud de esta teoría su efecto preventivo.

52. Ahora bien, la teoría del disparo razonable supone una ruptura diametral respecto de las teorías dominantes. Como hemos visto el consentimiento ha sido y sigue siendo la pieza central en la

⁷³ Así lo dispone el artículo 345 del Código de Comercio español: “*En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario.*”

⁷⁴ Se parte de la asunción de que ambas partes leen las condiciones generales de la contraparte.

⁷⁵ Los juegos de suma cero o de suma nula, describen situaciones en la que la ganancia o pérdida de una de las partes se equilibra de forma idéntica con las pérdidas o ganancias de la contraparte.

⁷⁶ En este apartado, la referencia al término partes no se hace en exclusiva al comerciante o empresa que actúa en el mercado estrictamente considerado. Si no que, se engloba fundamentalmente a los abogados, bien sean *in house counsel* o externos, dado son ellos los que redactan las condiciones generales de la contratación de la empresa.

contratación. Esta teoría reniega del elemento consensual para encontrar una solución a la batalla de los formularios, con el posible resultado de que una parte se pueda ver vinculada por unos términos que nunca ha consentido. Debido a esta diferencia de calado, entiendo que la adopción de los postulados de esta teoría por parte del legislador o la jurisprudencia es muy improbable, al menos su adopción en bloque. No obstante, puede servir de inspiración para la interpretación de otras teorías, en especial, de la teoría del noqueo, en el marco de la creciente flexibilización en la búsqueda de soluciones a la batalla de los formularios.

2. Desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial

53. La solución ofrecida en sede legislativa y jurisprudencial a la batalla de los formularios parte de la aplicación de los fundamentos de alguna de las principales teorías dominantes. La teoría del último disparo y la teoría del noqueo se erigen fundamentalmente en los dos faros que guían la regulación positiva en la materia. No obstante, existe una clara falta de homogeneidad en las soluciones ofrecidas al respecto en el Derecho comparado.

54. Del análisis en sede de Derecho comparado efectuado supra, cabe considerar que existe una reciente tendencia dominante favorable a la teoría del noqueo, lo cual concuerda con la dinámica internacional en el tratamiento de la cuestión. Sin embargo, los postulados tradicionales de la regla del espejo y del último disparo siguen manteniéndose vigentes en multitud de ordenamientos domésticos⁷⁷. Asimismo, existen excepciones notables al respecto. Así, ordenamientos jurídicos tan relevantes como el holandés, acogen la teoría del primer disparo, pese a que, dentro de las teorías que han sido catalogadas de consolidadas, es la menos popular.

55. En sede internacional encontramos un panorama semejante. Los principios UNIDROIT y los PECL son muestras del acercamiento a la teoría del noqueo. Ambos instrumentos jurídicos regulan de forma expresa la cuestión, aplicando esta teoría para su solución. Sin embargo, la Convención, aprobada en el año 1980, no responde a esta nueva vertiente. La Convención no contiene un artículo o apartado que regule la cuestión de forma expresa, solamente encontrando la solución a través de la aplicación del artículo 18 y, primordialmente, del artículo 19, los cuales aportan, para bien o para mal, la teoría del último disparo, aspecto que ha sido ampliamente criticado por una buena parte de la doctrina. Asimismo, la jurisprudencia ha interpretado este extremo de la Convención de forma muy heterogénea, alejándose en demasiadas ocasiones de lo que realmente dispone la Convención, para dar cabida a la regulación doméstica al respecto⁷⁸.

A diferencia del ámbito doctrinal, donde nos encontramos en un plano del deber ser, es decir, donde los esfuerzos se dirigen a la búsqueda de la teoría más adecuada en términos absolutos para la solución de la cuestión. En el ámbito legislativo nos encontramos en el plano del ser, y no cabe duda de que la Convención adopta la teoría del último disparo. De este modo, el tergiversar o ignorar el verdadero contenido de la Convención, disfrazándolo para alejarse de lo allí dispuesto, es una posible vulneración de ésta.

56. Ahora bien, como ya se ha criticado con anterioridad, la teoría del último disparo está muy lejos de alcanzar cotas de perfección. En ciertos supuestos, la aplicación del último disparo es imposible o bien es muy inadecuada. Es en estos casos cuando se deben de buscar soluciones que van más allá de lo rígidamente dispuesto en el artículo 19 de la Convención. Ahora bien, esto no debe significar que se deba de aplicar lo dispuesto en el Derecho doméstico, lo cual pondría en peligro el éxito de la Convención como norma internacional, sino que se debe buscar la solución en la propia Convención. Para ello, concuerdo con la autora *CHRISTINE MOCCIA*⁷⁹ en que la propia Convención ofrece a través de la aplicación

⁷⁷ De los analizados supra, con mayor o menor discusión, Inglaterra, Canadá y China.

⁷⁸ Paradigma de ello es la sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 9 de enero de 2002, quién aun aplicando la Convención empleó la teoría del noqueo.

⁷⁹ C. MOCCIA, op.cit., nota 53.

de sus principios generales del artículo 7 una solución a la cuestión. El principio de buena fe expresamente incluido en dicho artículo permite resolver la batalla de los formularios de forma equitativa para las partes. De este modo, el juez o árbitro incluirá aquellos aspectos en los que las partes hayan alcanzado un consenso y, al mismo tiempo, establecerá otros términos en los extremos carentes de acuerdo que protejan los intereses de ambas partes. Todo ello, sin perjuicio de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9, el cual no solamente puede servir de guía a efectos de integrar el principio de la buena fe, sino que de forma obligatoria establece que las partes quedan vinculadas por sus usos y prácticas tanto personales como sectoriales.

57. No obstante, es adecuado que la Convención incluya un artículo o apartado expresamente dedicado a la resolución de la batalla de los formularios. El cual se desprenda de la teoría del último disparo para acercarse a la teoría del noqueo, la cual, pese a sus imperfecciones, ofrece una solución más adecuada a la realidad jurídica actual. Por todo ello, mientras la Convención no sea objeto de reforma en este extremo, se deberá de aplicar la teoría del último disparo dado esta es la solución contenida en la misma. Sin embargo, cuando la aplicación del último disparo sea imposible o muy dificultosa se deberá de recurrir a los principios generales de la Convención, evitando en todo caso aplicar la ley doméstica correspondiente.

3. Desde un punto de vista práctico

58. La batalla de los formularios ha sido definida como caos⁸⁰, su complejidad inherente, así como la falta de homogeneidad en su tratamiento tanto en sede nacional como internacional, hacen de ella uno de los ámbitos más impredecibles del Derecho contractual internacional. Es evidente, que este no es un panorama ideal. El Derecho no debe de ser considerado como un fin en sí mismo, sino que debe de ser, en este ámbito, un vehículo para que los operadores del comercio exterior puedan llevar a cabo sus transacciones. El estado actual de las cosas relativo a la batalla de los formularios genera grandes dosis de inseguridad jurídica, creando con ello una situación antieconómica.

El comerciante que quiera emplear sus condiciones generales de la contratación no podrá fácilmente determinar en qué casos éstas serán objeto de aplicación o en base a qué criterios se procederá a llevar a cabo la selección. Nos encontramos con un panorama cambiante y heterogéneo. De este modo, no será lo mismo someter la controversia a los tribunales alemanes, que, a los ingleses, ni tampoco dará igual que la batalla de los formularios se resuelva en base a la Convención que a los principios UNIDROIT o a la legislación doméstica francesa.

59. No obstante, la complejidad en el Derecho permite la detección de oportunidades y el correspondiente desarrollo de estrategias legales. Un conocimiento en detalle del Derecho y, para el caso que nos ocupa, de la batalla de los formularios, puede ofrecer una ventaja competitiva respecto del resto de competidores en el mercado. Una empresa con una conducta proactiva puede a través de la identificación de los riesgos y complejidades existentes en el sustrato jurídico en el que actúa alinearlos a la luz de sus objetivos para convertirlos en oportunidades. Por el contrario, si una empresa ignora la batalla de los formularios pese a intervenir en la contratación internacional corre el riesgo de ver sus condiciones generales de la contratación expulsadas de forma sistemática o, al menos, enfrentarse a una incertidumbre total respecto de si sus condiciones se aplicarán o no.

60. El objetivo fundamental de vencer la batalla de los formularios radica en asegurar que tus propias condiciones generales de la contratación sean las que gobiernen la relación jurídica. En esta línea, el éxito en la utilización de tus propias condiciones generales cumple un rol vital para el desarrollo de una política comercial correcta. El contenido de éstas engloba diversos aspectos del todo relevantes para asegurar el éxito comercial. Así, extremos como el régimen de garantías suelen quedar regulados

⁸⁰ J. MURRAY, *op.cit.*, nota 19.

en las condiciones generales. Las garantías que uno ofrezca son un coste que debe tener influencia en la determinación del precio. Si una empresa ofrece un producto por un precio muy competitivo derivado del hecho de que su régimen de garantías es inferior al establecido por la contraparte en sus propias condiciones generales o del establecido en la ley supletoria aplicable, o simplemente de la garantía media ofrecida en el mercado, el hecho de que finalmente no sean de aplicación las condiciones propias, sin oportunidad de alterar el precio, se traducirá necesariamente en una pérdida económica.

61. A continuación, se ofrecen una serie de pautas que pueden servir a una organización para aumentar sus posibilidades de éxito o al menos para tratar de reducir la incertidumbre y varianza de la batalla de los formularios:

62. (1) Familiarización con la batalla de los formularios: Un conocimiento, aunque no sea exhaustivo de la batalla de los formularios, en especial, de las soluciones ofrecidas en los principales ordenamientos y jurisdicciones en los que la empresa opera, es un requisito previo esencial para poder obtener una ventaja competitiva. Si en primer lugar la empresa no conoce a lo que se está enfrentando, malamente podrá desarrollar una estrategia legal al respecto.

63. (2) Una buena redacción de la documentación legal: En general, las condiciones generales han de incluir aquellos aspectos legales que la organización considera relevantes para su actuación en el mercado. De forma que se regulen expresamente con el contenido que se considere favorable conforme a la política empresarial. No obstante, siendo conscientes de que la vía más sencilla para que las propias condiciones generales formen parte de la relación contractual radica en que la parte contraria las acepte, se les deberá de dotar de un contenido razonable que pueda ser aceptado por la contraparte. En lo tocante a la batalla de los formularios, existen una serie de cláusulas específicas que pueden ayudar al respecto;

(2.1) Las denominadas cláusulas de defensa: Las cláusulas de defensa tratan de asegurar que el contenido obligacional quede limitado de forma exclusiva a lo establecido en el documento en el cual se insertan. El contenido de una cláusula de defensa en una orden de compra podría responder a la siguiente formulación:

“Esta orden de compra queda expresamente limitada y condicionada a la aceptación íntegra e incondicional del vendedor de los términos contenidos aquí y en las condiciones generales adjuntas a este documento. El comprador se opone expresamente a cualesquiera términos diferentes o adicionales.”

(2.2) Las denominadas “*Entirety of Agreement Clause*” o cláusulas de integración: Este tipo de cláusulas lo que pretenden es condensar todo el contenido obligacional en el documento en el cual se insertan. En virtud de esta cláusula, se excluye cualquier otro tipo de negociaciones o acuerdos que no se vean reflejados en el documento. De este modo, el documento se erige en el acuerdo completo de las partes. El contenido de una cláusula de integración podría responder a la siguiente formulación:

“Este documento constituye el acuerdo completo entre las partes, substituyendo y cancelando cualquier otro acuerdo previo.”

Las denominadas cláusulas limitadoras de la modificación del contrato: Este tipo de cláusulas limitan los medios a través de los cuales se puede modificar el contrato. Así, cabe establecer que el contrato solamente podrá ser modificado por escrito, excluyéndose con ello cualquier tipo de modificación que se pretenda efectuar de otra forma. El contenido de una cláusula limitadora de la modificación del contrato podría responder a la siguiente formulación:

“La modificación de este contrato solamente podrá realizarse por escrito, no pudiendo modificarse por mutuo acuerdo de otra forma”

Ahora bien, estas cláusulas vienen limitadas por la denominada doctrina de los actos propios basada en el principio “*venire contra factum proprium non valet*”. Por la cual, si el comportamiento de

las partes contraviene lo establecido en dichas cláusulas, por ejemplo, porque las partes han venido consintiendo modificaciones contractuales llevadas a cabo de forma verbal, ninguna de ellas podrá oponer a la validez de tales modificaciones la cláusula que limita las mismas a su plasmación por escrito.

64. (3) Diligencia en la administración de los contratos: Una buena diligencia en la administración de los contratos es un elemento clave para el éxito en la contratación internacional y, lógicamente, también para poder enfrentarse con garantías a la batalla de los formularios. Las partes deben leer las condiciones generales de la contratación de la contraria. Pese a que esta afirmación pudiese parecer una obviedad, no parece que se pueda afirmar rotundamente que las empresas lean y analicen todas y cada una de las cláusulas contenidas en las condiciones generales que reciben. En especial, esto quizás no sea ni tan siquiera viable en ciertos sectores en los que las contrataciones se llevan a cabo de forma masiva. Sea como fuere, la revisión y análisis de las condiciones generales de la contraria es vital para poder oponerse a la mismas y a cualquier aspecto contenido en las mismas que resulte inaceptable antes de comenzar a llevar a cabo actos de ejecución del contrato. En el peor de los escenarios, el conocimiento del contenido de las condiciones de la contraria permite a la empresa adaptar su situación para el caso de que finalmente las de la contraria y no sus condiciones sean objeto de aplicación.

65. El rol profesional del abogado en esta materia se vislumbra como esencial para que una organización pueda triunfar en la batalla de los formularios. Los abogados, bien trabajen en una empresa o para una empresa, son los que redactan y dotan de contenido jurídico a las condiciones generales de la contratación. Adicionalmente, los servicios profesionales que un abogado puede ofrecer en este ámbito a una organización no solo serán útiles una vez que el litigio haya surgido, sino que su asesoramiento en la fase preparatoria y de negociación del contrato es del todo valioso.

IV. Conclusiones

66. La batalla de los formularios es, y previsiblemente seguirá siendo, una de las cuestiones más problemáticas en el ámbito del Derecho contractual internacional. Ni la doctrina, ni la legislación, tanto nacional como internacional, ni la jurisprudencia la han logrado resolver de forma satisfactoria. Todas las teorías existentes tienen inconvenientes de mayor o menor calado, sin que exista un verdadero consenso sobre cuál es la que debe regir en la materia.

Esta falta de homogeneidad no se ha visto solventada por la promulgación de un texto uniforme de gran calado como es la Convención de Viena, sino que, más bien al contrario, ésta contiene en su seno una solución, la teoría del último disparo, que hoy en día choca con la nueva corriente dominante, la teoría del noqueo, añadiendo si cabe una mayor complejidad al sistema. Asimismo, y pese a los moderados intentos doctrinales que tratan de abrir nuevas vías de solución, no parece que el panorama se vaya a esclarecer en base a una reforma de las normas en la materia.

La incertidumbre y falta de seguridad jurídica que la batalla de los formularios provoca puede ser transformada en una oportunidad por los operadores del comercio exterior, pudiendo dar lugar al desarrollo de estrategias legales que traten de optimizar su exposición a la presente cuestión. Por tanto, se recomienda a éstos que adopten una actitud proactiva y desarrollen una estrategia legal que alineada con sus objetivos empresariales les permita maximizar su exposición a la batalla de los formularios. Para ello, un correcto asesoramiento en la materia, junto con una administración diligente de los contratos se erigen en requisitos indispensables para poder vencer la batalla de los formularios.

El Derecho europeo de la competencia ante los «acuerdos de sostenibilidad»

European Competition Law in the face of «sustainability agreements»

FERNANDO DE LA VEGA GARCÍA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0003-1321-9055

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7207

Resumen: El artículo estudia la inclusión de la sostenibilidad como criterio europeo en la evaluación *antitrust* de los acuerdos entre empresas, analizando las diversas acciones que confirman la relevancia del Derecho de la Competencia para la transición ecológica. Entre ellas destaca la incidencia de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), especialmente los relacionados con el medio ambiente, en la autorización de acuerdos verticales y conductas relacionadas con el mercado agrario, así como en la aplicación pública del Derecho de la Competencia. El trabajo también examina la inclusión de los acuerdos de sostenibilidad en la Propuesta de «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (2022).

Palabras clave: Competencia, sostenibilidad, «Pacto Verde».

Abstract: This paper studies the inclusion of sustainability as a European criterion in the anti-trust evaluation of undertaking agreements, analyzing the various actions that confirm the relevance of Competition Law for the ecological transition. Among them, the incidence of the Sustainable Development Goals (SDGs) stands out, especially those related to the environment, in the authorization of vertical agreements and conduct related to the agricultural market, as well as in the public application of Competition Law. The paper also examines the inclusion of sustainability agreements in the Draft of «Guidelines on the applicability of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements» (2022).

Keywords: Competition, sustainability, «Green Deal».

Sumario: I. Introducción. II. Derecho de la Competencia y transición ecológica. III. La inclusión de la sostenibilidad en las normas y/o directrices sobre evaluación *antitrust* de conductas concurrenciales. 1. La sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales. 2. La sostenibilidad como criterio de exención respecto a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios. IV. La sostenibilidad en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia. V. Hacia la inclusión general de la sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales. 1. Precedentes. 2. Propuesta de 2022 sobre «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH). A) Introducción. B) Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia. C) Incidencia del objeti-

* Este trabajo, cerrado a 9 de junio de 2022, se realiza en el ámbito del Proyecto de Investigación RTI2018-093666-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado «Sistemas de protección y explotación comercial de las innovaciones en el ámbito de las variedades vegetales» (MINECO/FEDER, UE).

vo de la sostenibilidad para la evaluación del acuerdo bajo los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE. D) Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 25 de septiembre de 2015 su Resolución «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», fijando 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS)¹ y 169 metas de alcance mundial con el propósito de impulsar la acción en ámbitos de importancia crítica para la humanidad y el planeta². Se compromete así a la comunidad internacional a actualizar una línea de actuación iniciada en 1992 (*Cumbre de la Tierra*), confirmando la consideración universal de la sostenibilidad como bien jurídico que se proyecta especialmente sobre aspectos sociales, económicos y medioambientales.

2. Desde entonces la Agenda de la ONU ha sido desarrollada a través de numerosas actividades, destacando las relacionadas con el cambio climático³. Los Estados también han impulsado medidas relacionadas con los ODS, procurando integrarlos en sus políticas nacionales. Es el caso, por ejemplo, de España, que aprobó su «Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030» en 2018, creó en 2020 una Secretaría de Estado *ad hoc*⁴ y publicó su «Estrategia Desarrollo Sostenible 2030» el 1 de julio de 2021⁵. El compromiso con la Agenda 2030 es también sólido a nivel de la Unión Europea, que en 2016 publicó su Comunicación «Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad», incluyendo actualmente los ODS en su «Seis prioridades de la Comisión para 2019-2024»⁶.

3. Los ODS que destacan especialmente son los relativos al medio ambiente y a su protección a través de actividades relacionadas con la energía. Al respecto, el artículo 194.1 del TFUE fija los objetivos de la política energética en el marco del funcionamiento del mercado interior, atendiendo también a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente⁷. Además, y sin perjuicio de la aplicación de

¹ Los 17 objetivos son los siguientes: 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo. 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible. 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades. 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas. 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos. 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos. 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación. 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos. 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad. 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

² Al respecto, *vid.* AA.VV., *Los objetivos de desarrollo sostenible* (Dir. R. PÉREZ MARTELL y Coord. M. CRISTINA CAJA MOYA), Bosch, 2019.

³ La más reciente es la 26ª Conferencia sobre el Cambio Climático de la ONU (COP26), celebrada en Glasgow del 31 de octubre al 13 de noviembre de 2021.

⁴ Mediante el Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁵ El documento puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/eds-cast-acce.pdf>

⁶ Tras esta Comunicación de 2016 la Comisión Europea siguió poniendo de manifiesto la importancia de la sostenibilidad en su Comunicación de 29 de noviembre de 2017 titulada «El futuro de los alimentos y de la agricultura», al fijar los retos, objetivos y orientaciones de la futura política agrícola común (PAC) después de 2020, que se enfocaban hacia una PAC que se orientara más en función de los resultados, impulsara la modernización y la sostenibilidad —tanto económica como social, medioambiental y climática de las zonas agrícolas, silvícolas y rurales—.

⁷ Los objetivos son los siguientes: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; b) garantizar la seguridad del

otras disposiciones de los Tratados, dicho precepto encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo el establecimiento, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de las medidas necesarias para alcanzar tales objetivos previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. En España la protección del medio ambiente presenta también gran relevancia en el ordenamiento jurídico, al alcanzar nivel constitucional (*cf.*: art. 45 de la Constitución).

4. Entre los objetivos de sostenibilidad relacionados con la política energética europea sobresale el *fomento de la eficiencia y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*. Siguiendo la línea del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Unión Europea ha mostrado especial preocupación por estos aspectos desde el comienzo del S. XXI⁸, aprobando Directivas⁹ e impulsando el conocido como «Pacto Verde Europeo» o *Green Deal* (11 de diciembre de 2019), que propone numerosas medidas para la preservación del medio ambiente — como, por ejemplo, el control de polución, las políticas sociales y las acciones contra el cambio climático o la economía circular—, la obtención de energía desde fuentes renovables¹⁰ y la eficiencia energética. Más concretamente, se incluyen previsiones en materia de clima y energía para 2030¹¹ y 2050¹², posibilitando el cumplimiento de los acuerdos de París (2015) y de Glasgow (2021) sobre el cambio climático. Entre las últimas normas europeas destaca el Reglamento (UE) n° 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) n° 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»)¹³.

abastecimiento energético en la Unión; c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y d) fomentar la interconexión de las redes energéticas.

⁸ Así, por ejemplo, la Directiva n° 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, se dedicó a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la Directiva n° 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, se ocupó del fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, definiendo los diferentes tipos de energía procedentes de fuentes renovables. Asimismo, la Directiva n° 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estableció definiciones aplicables al sector eléctrico en general.

⁹ Es el caso de la Directiva (UE) n° 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, que, además de fijar un objetivo vinculante para la Unión Europea en relación con la cuota general de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión en 2030, establece normas sobre las ayudas financieras a la electricidad procedente de fuentes renovables, el autoconsumo de dicha electricidad, y el uso de energías renovables en los sectores de calefacción y refrigeración y del transporte, la cooperación regional entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, las garantías de origen, los procedimientos administrativos y la información y la formación.

¹⁰ Se consideran como tales las no fósiles, como son las siguientes: energía eólica, energía solar —solar térmica y solar fotovoltaica— y energía geotérmica —energía almacenada en forma de calor bajo la superficie de la tierra sólida—, energía ambiente —presente de manera natural y la energía acumulada en un ambiente confinado, que puede almacenarse en el aire ambiente, excluido el aire de salida, o en las aguas superficiales o residuales—, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás —esta definición sobre fuentes renovables es aceptada por las distintas Directivas de la Unión Europea en la materia—.

¹¹ Al respecto, recuérdense las Resoluciones del Parlamento Europeo de 5 de febrero de 2014 («Un marco para las políticas de clima y energía en 2030») y de 23 de junio de 2016 («Informe de situación sobre la energía renovable»), así como la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014 («Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030»).

¹² La Comunicación de 11 de diciembre de 2019 (*European Green Deal*) «concreta una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión Europea en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos». En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que prevé que «el Gobierno aprobará una Estrategia de Descarbonización a 2050 que establezca una senda de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de incremento de las absorciones por los sumideros del conjunto de la economía española hasta 2050, necesaria para cumplir con los objetivos señalados en el artículo 3 y de conformidad con lo exigido por la normativa de la Unión Europea. La Estrategia de Descarbonización a 2050 será revisable cada cinco años e incluirá, al menos, un objetivo intermedio de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero indicativo en 2040» (artículo 5.1).

¹³ España, por su parte, ha asumido ambiciosos objetivos en relación con el desarrollo de las energías renovables en su propuesta de Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030, que suponen la instalación de cerca de 5.000 MW/año de nueva capacidad en la próxima década. De hecho, se pretenden reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y alcanzar la neutralidad climática en 2050, como muy tarde, basándose en un sistema eléctrico 100% renovable. En este

5. Estas exigencias europeas sobre eficiencia y protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y realización de las distintas políticas y acciones de la UE, velando así por la coherencia entre las mismas (*cf.* art. 7 TFUE) y con el objeto de «fomentar un desarrollo sostenible» (art. 11 TFUE)¹⁴.

Sobre esta realidad, el presente artículo de centra en el estudio de la interacción entre el Derecho europeo de la Competencia y los acuerdos de sostenibilidad, entendidos como aquellos «realizados entre empresas competidoras, activas en un sector concreto, sobre estándares de producción o distribución de sus productos o sobre los sistemas de compra de sus insumos, con el propósito de alcanzar un objetivo de sostenibilidad, como puede ser prevenir el calentamiento global, proteger el bienestar animal o contribuir al comercio justo»¹⁵; se trata, por tanto, de considerar especialmente el beneficio ambiental de ciertas conductas concurrenciales en el ámbito de la evaluación *antitrust*¹⁶, lo que presenta cada vez más trascendencia¹⁷, y va a permitir que la sostenibilidad funcione en ocasiones como criterio de exención o, en su caso, de autorización individual de determinadas restricciones de competencia o, en sentido contrario, que se sancionen conductas que especialmente atenten contra la competencia a través de acuerdos no sostenibles.

Aunque formalmente se haga referencia a los «acuerdos de sostenibilidad», debe advertirse que quedarían comprendidas también otras conductas —principalmente decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas—, tal y como hacen los reglamentos europeos de exención por categorías al referirse al término «acuerdo»¹⁸. Se trata de un tema de indudable actualidad, sobre todo por el impulso realizado al respecto tanto desde la Unión Europea —que está incluyendo paulatinamente la sostenibilidad en el Derecho de la Competencia— como por parte de algún Estado¹⁹ y autoridades

ámbito la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que prevé que «el Gobierno aprobará una Estrategia de Descarbonización a 2050 que establezca una senda de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de incremento de las absorciones por los sumideros del conjunto de la economía española hasta 2050, necesaria para cumplir con los objetivos señalados en el artículo 3 y de conformidad con lo exigido por la normativa de la Unión Europea. La Estrategia de Descarbonización a 2050 será revisable cada cinco años e incluirá, al menos, un objetivo intermedio de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero indicativo en 2040» (art. 5.1).

¹⁴ Como afirma N. DE SADELEER («Revisión de la compatibilidad de los acuerdos medioambientales privados con el derecho de la competencia de la UE. ¿Cómo cuadrar el círculo?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 46, mayo de 2015, pp. 9-10), «es importante considerar en qué medida la cláusula de integración recogida en el Artículo 11 del TFUE —una disposición que exige a las instituciones de la UE la integración de consideraciones medioambientales ‘en la elaboración y aplicación de las políticas y las actividades de la Unión’— puede aclarar los acuerdos que rigen los Artículos 101, 102 y 106 del TFUE. Si bien no puede legitimar de forma automática acuerdos en materia de medio ambiente que limitan la competencia de acuerdo con lo recogido en el Artículo 101, o el abuso de una posición dominante recogido por el Artículo 106, el Artículo 11 de la TFUE puede, no obstante, impulsar a la Comisión Europea y a las ANCs a mostrar una mayor sensibilidad con respecto a aspectos específicos en materia de política medioambiental a la hora de examinar la compatibilidad de la conducta de una empresa con las provisiones más relevantes del Tratado».

¹⁵ B. DE GUINDOS TALAVERA, «Contribución de la política de competencia en España en la agenda 2030», *Anuario de la Competencia 2019*, Fundación ICO y UAB, 2019, p. 23. Quedarían incluidas asimismo las conductas de empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (SIEG) o que tengan el carácter de monopolio fiscal, al quedar sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 106 del TFUE).

¹⁶ Sobre esta cuestión, M. VERDEGUER SEGARRA, «Hacia una Unión Europea verde: el papel del Derecho de la Competencia en la lucha contra el cambio climático», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 4, 2021. Como puso de manifiesto Naciones Unidas estos acuerdos se caracterizan por tener como objetivo el desarrollo sostenible, definido como aquel que se enfoca hacia «una economía, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para el presente y el futuro generaciones» (Resolución de su Asamblea de 27 de julio de 2012, A/Res/66/288); asimismo, B. MARTÍNEZ CORRAL, «Competencia verde: ¿pueden las políticas de sostenibilidad influir las decisiones en materia de competencia?», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 92 (enero-abril), 2021, pp. 175-193.

¹⁷ Así se destaca expresamente por la Comisión Europea en su Informe sobre Política de Competencia 2020.

¹⁸ *Ad exemplum*, art. 1.1.a del Reglamento (UE) 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

¹⁹ Es el caso de Austria, donde el 10 de septiembre de 2021 entró en vigor una modificación de su ley de competencia («KaWeRÄG 2021»), permitiendo una exención contribución a una economía ecológicamente sostenible o climáticamente neutra.

nacionales de competencia (especialmente en Holanda²⁰, Reino Unido²¹ o Grecia²²). La incidencia de los objetivos sostenibles en el Derecho de la Competencia desborda, sin embargo, el contenido de este artículo —centrado exclusivamente en la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad—, al repercutir en otros ámbitos o elementos de control *antitrust*, como es el caso de las concentraciones económicas²³ o, incluso, los abusos de posición dominante²⁴.

II. Derecho de la Competencia y transición ecológica

6. La transición ecológica se presenta en la actualidad como una etapa crucial de cambio que fija como objetivos garantizar la sostenibilidad medioambiental y lograr una economía climáticamente neutra en 2050, teniendo como principal última base legal a nivel europeo al citado Reglamento (UE) n° 2021/1119 del Parlamento y del Consejo de 30 de junio de 2021 —del que es claro precursor el «Pacto Verde Europeo»—. Esta norma reconoce la transversalidad de la neutralidad climática, que requiere un período de transición que impulse e implique cambios en muchas políticas de la Unión Europea, entre las que cabe incluir la propia de la competencia. Esta labor no es exclusiva de las instituciones europeas, sino que se hallan también directamente implicados los Estados miembros, que en su ámbito interno deberán adoptar las medidas necesarias que permitan la consecución colectiva del objetivo de neutralidad climática; en España es exponente de esta cuestión la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

7. El Derecho de la Competencia se presenta como instrumento idóneo para contribuir a los objetivos de la transición ecológica, dada su responsabilidad respecto al mantenimiento de mercados competitivos y productivos, así como por el cumplimiento de funciones económicas y sociales²⁵. Así lo ha reconocido la Comisión Europea, primero en su Conferencia sobre «Contribución de la política de competencia al Pacto Verde Europeo», de febrero de 2021, y posteriormente en su Comunicación «Una política de competencia adaptada a los nuevos retos», de 18 de noviembre de 2021, en la que concluye que «es preciso aplicar una política de competencia sólida y eficaz y garantizar el control de su aplicación, con el fin de dotar a la economía europea de la agilidad para continuar la senda de la recuperación y cumplir su doble ambición ecológica y digital de una manera sostenible, social e inclusiva desde un punto de vista territorial». Según la Comisión Europea, «la política de competencia puede complementar el marco regulador garantizando unos mercados fuertes y competitivos que envíen las señales de precios adecuadas para que las inversiones precisas lleguen a las tecnologías necesarias para la transición [ecológica], manteniendo al mismo tiempo unos costes reducidos para los contribuyentes. Puede ayudar a establecer los incentivos adecuados para que las empresas utilicen los recursos de manera eficiente, eviten los activos obsoletos e innoven en sus procesos de producción hacia una mayor sostenibilidad. Además, puede apoyar una transición justa que alivie las consecuencias socioeconómicas y regionales derivadas de la transición hacia economías climáticamente neutras». La transversalidad inherente al Derecho de la Competencia es importante, por tanto, para el resto de las políticas implicadas en la transición ecológica²⁶.

²⁰ El último documento publicado al cierre de este artículo puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>

²¹ La información de la CMA al respecto puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>

²² La información sobre esta cuestión publicada por la autoridad de competencia de Grecia puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

²³ Últimamente, *vid.* A. HERMIDA, «When Green meets Merger Control», *Competition policy brief*, Issue 3, December 2021, pp. 14-20.

²⁴ Sobre estas cuestiones resultan interesantes las consideraciones del documento de la OCDE sobre sostenibilidad y competencia, de 3 de noviembre de 2020 [DAF/COMP/WD(2020)64], especialmente en sus apartados 40-50.

²⁵ Recuérdese que —junto a su función jurídica— tradicionalmente se ha atribuido al Derecho de la Competencia funciones económicas y sociales [W. FIKENTSCHER, «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pgs. 459-486].

²⁶ Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, «la integración de la política de competencia con otras políticas y la introducción de principios de competencia como elemento transversal a todas ellas puede hacer que esas políticas más amplias sean más eficaces» (B. DE GUINDOS TALAVERA, «Contribución de la política de competencia...», *ob. cit.*, p. 15).

8. En el ámbito interno español la CNMC ha incorporado como «eje prioritario de su actuación» a los ODS, publicando a finales de 2020 su aportación a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la política de competencia y los objetivos de sostenibilidad medioambiental, realizando consideraciones que fueron en la línea de su Plan de Actuación de 2020. La CNMC reconoció que, aunque la política de competencia no tiene entre sus objetivos primordiales la sostenibilidad —sino la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados—, el desarrollo sostenible y el carácter transversal de la política medioambiental determinan la necesidad de que todas las políticas, entre ellas la de competencia, deban contribuir a la consecución de dichos objetivos. Más concretamente, la CNMC destaca los principales beneficios que para la sostenibilidad tiene la implicación activa de la política de competencia: «en primer lugar, la competencia favorece el acceso a bienes y servicios de los consumidores más vulnerables, al propiciar bienes y servicios más baratos y más ajustados a las necesidades de los consumidores. En segundo lugar, la competencia estimula la productividad y la creación de empleo, lo cual coadyuva a la inclusión de las capas de población más desfavorecidas. En tercer lugar, la competencia incentiva las estrategias empresariales y de innovación compatibles con los ODS, tanto más cuanto más relevantes sean estos para las decisiones de consumo. En cuarto lugar, la función de promoción de la competencia ayuda al sector público a adoptar regulaciones más eficientes para la consecución de los ODS». La CNMC consideró así a la sostenibilidad como un «factor diferencial de competitividad que juega a favor de los consumidores y que la política de competencia debe reforzar».

9. Los ámbitos de integración de los objetivos de sostenibilidad se corresponden con todos los sectores del Derecho de la Competencia. En este sentido, la Comisión Europea reconoce que «en la actualidad está llevando a cabo una revisión de los instrumentos de la política de competencia con un alcance y una ambición sin precedentes para garantizar que todos los instrumentos de competencia (concentraciones, defensa de la competencia y control de las ayudas estatales) sigan siendo adecuados para su finalidad»²⁷. La tarea es compleja, pues la sostenibilidad no es solo medioambiental, sino que abarca también aspectos sociales y económicos muy relevantes que deberán ponderarse para considerar desde el punto de vista de la competencia la validez de una conducta, operación de concentración o ayuda pública. La CNMC ha considerado que todo cambio en el Derecho de la Competencia motivado por la integración de especiales objetivos de sostenibilidad debería respetar los siguientes cuatro principios²⁸: a) la *predictibilidad a los operadores económicos*, otorgándoles la certeza necesaria sobre cómo las Autoridades valorarán sus actuaciones con arreglo al Derecho de la Competencia, ya que, de otro modo, se desincentivarán acciones que pueden mejorar en la sostenibilidad; b) el *mantenimiento de la coherencia en la interpretación de las normas de competencia dentro de la 101UE*, evitando la fragmentación del mercado interior y que los operadores puedan esperar resultados diferentes de los análisis de competencia en función de quién sea la Autoridad (o el juez) que lleve a cabo el análisis; c) el *mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado interior*, evitando las prácticas y operaciones empresariales restrictivas de la competencia y las distorsiones sobre la competencia en el mercado interior ocasionadas por las ayudas de Estado (se trata, según la CNMC, de efectuar un «ajuste fino» en la política de competencia para incorporar las consideraciones de sostenibilidad medioambiental, no una transformación radical del marco legal vigente; y d) *mantenimiento de la coherencia del conjunto de las normas de competencia*, evitando que una mayor sensibilidad por cuestiones de sostenibilidad socave la coherencia de las normas de competencia —por ejemplo, aclara la CNMC, que se cuestionen los objetivos de eficiencia y beneficio de los consumidores, tanto en corto como en el largo plazo—.

10. La inclusión del interés por la sostenibilidad en el ámbito de un análisis propio del ámbito sancionador del Derecho de la Competencia aplicable a los acuerdos entre empresas puede canalizarse a

²⁷ Apartado 1 de su Comunicación «Una política de competencia adaptada a los nuevos retos», de 18 de noviembre de 2021 [COM (2021) 713 final]. Uno de los últimos documentos europeos pertenece al ámbito del control de las ayudas públicas; es el caso de las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022, de 27 de enero [C (2022) 481 final].

²⁸ *Vid.* Consulta pública de la Comisión Europea sobre la política de competencia y los objetivos de sostenibilidad medioambiental, p. 5.

través de dos vías. Por un lado, a través de su expresa consideración en las normas de exención, al modo, por ejemplo, de los criterios de autorización establecidos en relación con acuerdos de investigación o de transferencia de tecnología, de forma que las restricciones de competencia sostenibles estuvieran expresamente contempladas en el sistema jurídico-positivo²⁹. Por otro lado, mediante la aplicación de los criterios generales de autorización, establecidos en los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE e interpretados desde las particularidades de la sostenibilidad, que prevén que las prohibiciones *antitrust* no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

11. Sobre esta base general se exponen seguidamente los avances más concretos que se observan últimamente en el Derecho de la Unión Europea en orden a la inclusión de la sostenibilidad en la valoración *antitrust* de las conductas concurrenciales de las empresas. Parece que la tendencia clara es reforzar su consideración como interés tutelable en el análisis *antitrust*, unas veces desde la inclusión en el artículo 101.3 TFUE —y, por tanto, del artículo 53.3 del Acuerdo EEE— y otras contemplándola como exención, lo que deberá realizarse con la cautela suficiente como para no lesionar otros intereses relevantes para la preservación de la competencia en el mercado interior. En su estudio se presentan en primer lugar manifestaciones normativas y ejecutivas —aplicación pública— de la consideración de la sostenibilidad en el Derecho de la Competencia, para, posteriormente, exponer los últimos avances, todavía en forma de propuesta, en orden a lograr una inclusión general de la misma en el análisis *antitrust* de los acuerdos más proclives a restringir o eliminar la competencia en un mercado (acuerdos horizontales).

III. La inclusión de la sostenibilidad en las normas y/o directrices sobre evaluación *antitrust* de conductas concurrenciales

12. La inclusión de la sostenibilidad en las normas *antitrust* es una tendencia imparable que se está haciendo realidad desde hace muy poco tiempo en prácticamente todos los sectores del Derecho europeo de la Competencia. Al cierre de este trabajo son dos ámbitos los que han incorporado expresamente el interés por la sostenibilidad en el Derecho europeo de la Competencia —el de los acuerdos verticales y el de las conductas relacionadas con productos agrarios—, estando muy cerca la inclusión en el ámbito de los acuerdos horizontales (*vid. infra*, apartados 27-59).

1. La sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales

13. La Comisión Europea adopta el 10 de mayo de 2022 un nuevo Reglamento de exención de acuerdos verticales (VBER) junto a sus Directrices, entrando en vigor el 1 de junio de 2022 y expirando el 31 de mayo de 2034. El nuevo Reglamento sustituye al Reglamento (UE) n° 330/2010³⁰, aunque la prohibición del artículo 101.1 del TFUE —o del artículo 53.1 del Acuerdo EEE— no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2022 y el 31 mayo de 2023 a los acuerdos ya vigentes el 31

²⁹ Conviene recordar que tales autorizaciones pueden ser sistematizadas en dos grupos —exenciones propias e impropias— en función de su origen y que, por tanto, serían efectivas tanto si se hallaren en normas externas al Derecho de la Competencia como en su propio sistema (básicamente en Reglamentos de exención).

³⁰ Esta norma representó el continuismo del Reglamento n° 2790/1999, que supuso «un cambio fundamental en el tratamiento desde la óptica comunitaria de la competencia de las restricciones verticales» (L. BERENGUER FUSTER, «Los contratos de distribución y competencia», en AA.VV., *Claves del Derecho de redes empresariales* (Dir. J.I. RUIZ PERIS), Universitat de València, 2017, p. 512).

mayo de 2022 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el nuevo Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplirían las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) n° 330/2010 —lo que podría suceder, por ejemplo, en ciertos casos de distribución dual—. El nuevo Reglamento vuelve a considerar que los acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de comercialización, al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes, pudiendo dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión. Asimismo, ofrece soluciones a situaciones novedosas —principalmente relacionada con cuestiones digitales y en línea con la *Digital Markets Act* (DMA)— y aporta claridad al simplificar la estructura de la norma anterior.

14. Aunque el nuevo Reglamento —siguiendo sus antecedentes³¹— no incluye expresamente la sostenibilidad sus Directrices sí que lo hacen reconociendo su importancia como objetivo prioritario de las políticas de la Unión Europea, junto a la digitalización y la resiliencia del mercado único³². Así, aunque los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad no son considerados como categoría distinta de acuerdos verticales, sí se prevé que en su evaluación *antitrust* se tenga en cuenta el objetivo específico que persiguen. Por ello, se considera que la exención prevista en el artículo 2 del nuevo Reglamento se aplica a los acuerdos que persigan objetivos de sostenibilidad, siempre que cumplan las condiciones del Reglamento —realmente no podría ser de otra manera, al tener dicho precepto un carácter general para todos los acuerdos verticales—. A diferencia de lo que sucede en el ámbito de los acuerdos verticales sobre productos agrarios (*vid. infra*, apartados 17-22)³³, así como en la propuesta sobre evaluación de conductas horizontales (*vid. infra*, apartados 42-49), las referencias a la sostenibilidad inciden exclusivamente en la evaluación de los acuerdos verticales según los criterios establecidos en el artículo 101.3 del TFUE, por lo que en estos casos la sostenibilidad puede tener incidencia en la interpretación de los requisitos que tal apartado establece para poder declarar inaplicable el artículo 101.1 del TFUE; no se trata, por tanto, de incluir técnicamente una exención para los acuerdos verticales de sostenibilidad. Las nuevas Directrices ofrece algunos ejemplos para facilitar la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales que persigan objetivos de sostenibilidad:

15. En primer lugar, se hace referencia a los objetivos sostenibles en relación con los acuerdos de distribución selectiva, donde el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema (artículo 1.1.g del nuevo Reglamento de acuerdos verticales). En este contexto las Directrices explican cómo entre los criterios utilizados por el proveedor para seleccionar distribuidores se encuentran los cualitativos, que pueden referirse al logro de objetivos de sostenibilidad, como el cambio climático, la protección del medio ambiente o la limitación del uso de los recursos naturales. En estos casos los proveedores podrían exigir a los distribuidores prestar servicios de recarga o instalaciones de reciclaje en sus puntos de venta o garantizar que los bienes se entregasen a través de medios sostenibles, como una bicicleta de carga en lugar de otro vehículo

³¹ En este sentido, la menor peligrosidad teórica de las restricciones derivadas de los acuerdos verticales y la aplicabilidad de la exención existente relacionada con la cuota de mercado (no existente, por ejemplo, en el contexto de los acuerdos horizontales) se hallaban en la base de su ausencia, tanto en las últimas evaluaciones del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión Europea [*vid. «Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation», Commission Staff Working Document», SWD (2020), p. 31*] como en los pareceres apuntar los textos pre-legislativos [Proyecto de Reglamento de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, Bruselas, 9.7.2021, C (2021) 5026 final, así como el Proyecto de sus Directrices, que solo realizaban alguna referencia a la sostenibilidad desde el punto de vista financiero].

³² Y ello al hilo de la Comunicación de la Comisión Europea «Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa» (COM/2021/350 final).

³³ En estos casos serían de aplicación preferente las disposiciones más especiales del ROCM antes que las del nuevo Reglamento sobre acuerdos verticales, que expresamente dispone que «no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos Reglamentos dispongan lo contrario» (art. 2.7).

(apartado 144), considerando así la restricción de competencia autorizable a través de los criterios del artículo 101.3 del TFUE —o, en su caso, del artículo 53.3 del Acuerdo EEE—.

16. En segundo lugar, se alude a los objetivos de sostenibilidad en el ámbito de la evaluación individual de las imposiciones de «marca única», en las que el comprador se obliga a adquirir la clase de productos afectados de un proveedor, concentrando así los pedidos a un único distribuidor mediante pactos restrictivos como el de no competencia. Esta cláusula podría funcionar como vía para afrontar determinados problemas relacionados con inversiones que persiguen objetivos de sostenibilidad. Así, según las nuevas Directrices —apartado 316—, podrían producirse problemas en los casos en que un proveedor de energía se enfrentara a una mayor demanda de energía renovable y deseara invertir en una central hidroeléctrica o un parque eólico. El proveedor podría estar dispuesto a asumir ese riesgo de inversión a largo plazo solo si un número suficiente de compradores estuviera dispuesto a comprometerse a comprar energía renovable por un período más largo. Tales acuerdos verticales con los compradores pueden ser evaluados positivamente, ya que la obligación de no competencia a largo plazo puede ser necesaria para que la inversión se realice, o para que se lleve a cabo en el tiempo previsto. Por lo tanto, tales obligaciones de no competencia podrían cumplir las condiciones del artículo 101.3 del TFUE si la inversión del proveedor tuviera un período de amortización superior a los 5 años establecidos en el artículo 5, apartado 1, letra a) del nuevo Reglamento de acuerdos verticales, incluso —aunque las Directrices no lo indican— las partes del acuerdo estuvieran por encima del umbral del 30% de cuota de mercado.

2. La sostenibilidad como criterio de exención respecto a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios

17. El interés por la sostenibilidad ambiental ha sido integrado recientemente de forma parcial en el Derecho europeo de la Competencia en relación con la producción o el comercio de productos agrarios. Antes de ello, la Comisión Europea reconoció en 2018 que las autoridades europeas de competencia «habían proporcionado orientación a los agricultores, a otros agentes económicos y a las Administraciones sobre la manera de interpretar y aplicar el Derecho de la competencia en el sector, por ejemplo, en relación con las iniciativas de sostenibilidad de los agricultores o la publicación de precios por parte de las organizaciones sectoriales»³⁴. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión Europea, de 18 de noviembre de 2021 («Una política de competencia adaptada a los nuevos desafíos»), hace expresa referencia a la incidencia del *Green Deal* en la política de competencia, y, finalmente, el Reglamento (UE) 2021/2117, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, incluye un artículo —el 210 *bis*— en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios (en adelante, ROCM), con el objeto de autorizar determinadas iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad.

18. El nuevo artículo 210 *bis* del ROCM —cuyo título es *Iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad*— incluyó por primera vez el interés por la sostenibilidad en una norma con clara incidencia en el Derecho de la Competencia. Según el Considerando 62 del Reglamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, «algunas iniciativas verticales y horizontales relativas a los productos agrarios y alimenticios cuyo objetivo es aplicar requisitos más estrictos que los obligatorios, pueden tener efectos positivos en los objetivos en materia de sostenibilidad. La celebración de tales acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre productores y operadores en diferentes ámbitos de la producción, la transformación y el comercio también puede reforzar la posición de los productores en la cadena de suministro y aumentar su poder de negociación»³⁵.

³⁴ Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la «Aplicación de las normas de competencia de la Unión al sector agrario», 26 de octubre de 2018 [COM(2018) 706 final].

³⁵ riedades vegetales protegidas— se caracteriza por la «atomización de las explotaciones empresariales, su pequeño tamaño y limitado poder de negociación frente a los operadores de los siguientes eslabones de la cadena de comercialización»

Por lo tanto, en determinadas circunstancias, dichas iniciativas no deben estar sujetas a la aplicación del artículo 101.1 del TFUE. A fin de garantizar la aplicación efectiva de esta nueva excepción, y en aras de reducir la carga administrativa, estas iniciativas no deben requerir una decisión previa de la Comisión para no quedar sujetas a la aplicación del artículo 101.1 del TFUE. Dado que se trata de una nueva excepción, conviene disponer que la Comisión elabore directrices para los operadores sobre la aplicación de la excepción en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento. Una vez transcurrido este plazo, los productores también deben poder solicitar un dictamen de la Comisión sobre la aplicación de la excepción a sus acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. En casos debidamente justificados, la Comisión debe poder revisar con posterioridad el contenido de su dictamen. Las autoridades nacionales de competencia deben poder decidir que un acuerdo, decisión o práctica concertada se modifique, suspenda o directamente no se lleve a cabo si lo consideran necesario para proteger la competencia, en cuyo caso deben informar a la Comisión de sus acciones». Se reconoce, por tanto, la autorización de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, siempre que dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas impongan a la competencia únicamente las restricciones que sean indispensables para la consecución de dicha norma. Se trata de premiar la aplicación de requisitos más estrictos que los establecidos en normas sobre sostenibilidad, autorizando restricciones de competencia indispensables para alcanzar tales requisitos.

19. La aplicación de la nueva exención depende de la concurrencia de elementos subjetivos, objetivos y normativos. Desde un punto de vista subjetivo y objetivo, la exención requiere que la conducta sea realizada, al menos, por un *productor agrario* en relación con la producción o el comercio de productos agrarios, y tanto en el caso de que la conducta sea realizada por varios productores —relación horizontal— como cuando sean parte uno o varios productores y uno o varios operadores en diferentes niveles de las fases de producción, transformación y comercio de la cadena de suministro alimentario, incluida la distribución —relación vertical—. Debe advertirse que el ámbito de la «producción agrícola» es más reducido que el de la «actividad agrícola»³⁶, requiriéndose además que tal producción se relacione estrictamente con los que se consideran «productos agrarios». En este sentido, según el artículo 4.1.c.i del Reglamento UE 1307/2013 se entiende por tales aquellos incluidos en el anexo I del ROCM y entre los que destacan, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: cereales —por ejemplo, maíz—, arroz, azúcar —por ejemplo, remolacha azucarera—, forrajes desecados —como, por ejemplo, los altramuces—, semillas, lúpulo, aceite y aceitunas, lino y cáñamo, frutas y hortalizas —incluidos los productos transformados a base de frutas y hortalizas—, plantas vivas y productos de la floricultura, así como determinados animales y sus productos derivados —como, por ejemplo, la leche—.

20. Desde un punto de vista normativo, la exención requiere una acotación del ámbito de la sostenibilidad, ya que el objetivo de la conducta autorizada debe ser el de la aplicación de una *norma de sostenibilidad* superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional —cercano a lo conocido como «cumplimiento excesivo»—, siempre que dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas impongan a la competencia únicamente las restricciones que sean indispensables para la consecución de dicha norma. El artículo 210.*bis* del ROCM delimita la norma de sostenibilidad como aquella que tiene por objeto contribuir a una o varias de las siguientes finalidades³⁷: a) objetivos medioambientales,

(Informe IPN/CNMC/015/20, de 2 de septiembre de 2020, sobre el anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria).

³⁶ Por ejemplo, quedaría fuera de la producción agraria la actividad consistente en el mantenimiento de una superficie agraria en un estado adecuado para pasto o cultivo sin ninguna acción preparatoria que vaya más allá de los métodos y maquinaria agrícolas habituales (art. 4.1.c.ii del Reglamento UE nº 1307/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos CE nº 637/2008 y CE nº 73/2009 del Consejo).

³⁷ Resulta interesante apuntar que algún comentario recibido al borrador de directrices de la Unión Europea apunta hacia una interpretación amplia de estos objetivos. Es el caso de la Asociación de Subastas de Flores Holandesas (VBN), que, entre

incluidas la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, el uso sostenible y la protección de los paisajes, el agua y el suelo, la transición hacia una economía circular, incluida la reducción del desperdicio de alimentos, la prevención y control de la contaminación, y la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas; b) la producción de productos agrarios de forma que se reduzca el uso de plaguicidas y se gestionen los riesgos derivados de dicho uso, o se reduzca el peligro de resistencia a los antimicrobianos en la producción agrícola; y c) la salud y el bienestar de los animales (artículo 210 *bis*.3 del ROCM).

21. La complejidad y novedad de esta autorización ha justificado una serie de cautelas en su aplicación, a desarrollar en los próximos años. En este sentido, el artículo 210 *bis* ROCM prevé que la Comisión Europea publique unas directrices dirigidas a los operadores relativas a las condiciones de aplicación de esta autorización, a más tardar el 18 de diciembre de 2023; esta iniciativa ha sido muy bienvenida por los operadores del sector, sobre todo por considerarla necesaria para conseguir un grado mínimo de seguridad jurídica en la aplicación de la nueva exención³⁸. Asimismo, a partir del 8 de diciembre de 2023, los productores podrán solicitar a la Comisión Europea un dictamen sobre la compatibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas con esta nueva autorización; en tal caso se prevé que la Comisión Europea envíe su dictamen al solicitante en el plazo de cuatro meses a partir de la recepción de una solicitud completa, pudiendo modificarlo³⁹ o, incluso, retirar la autorización si en cualquier momento posterior a la emisión de su dictamen, considera que ya no se cumplen las condiciones de la misma, informando debidamente a los productores.

22. La exención se encuentra supeditada a que no ponga en peligro los objetivos de la política agrícola (artículo 39 del TFUE)⁴⁰, pues en caso contrario el artículo 210 *bis*.7 ROCM prevé su modificación o, incluso, suspensión⁴¹. Asimismo, la autorización debería ceder ante restricciones de

otras cuestiones, sugiere aclarar la elegibilidad de la regulación sobre sanidad vegetal (como es el caso del Reglamento UE nº 2016/2031) para la exención, dada su importancia para cultivadores y comerciantes de plantas y flores. Los comentarios de la citada asociación pueden ser consultados en la siguiente *url*: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13305-Sustainability-agreements-in-agriculture-guidelines-on-antitrust-derogation/F3258487_en

³⁸ Para su elaboración la Comisión Europea invitó a partes interesadas como productores primarios, procesadores, fabricantes, mayoristas, minoristas y proveedores de insumos a compartir su experiencia con acuerdos destinados a lograr objetivos de sostenibilidad en las cadenas de suministro agroalimentarias. Según su comunicado de prensa de 28 de febrero de 2022, la Comisión Europea consultó a las partes interesadas para comprender los tipos de acuerdos de sostenibilidad que han desarrollado hasta ahora o que les gustaría desarrollar, las posibles restricciones de competencia que podrían haber resultado o pueden resultar de dichos acuerdos, así como el posible impacto de dicha cooperación en el suministro, los precios e innovación. Finalizada la consulta, todas las aportaciones señalan la importancia de la seguridad jurídica para la aplicación de la nueva exención.

³⁹ El artículo 210 *bis* ROCM reconoce expresamente que «la Comisión podrá modificar el contenido de un dictamen, por iniciativa propia o a solicitud de un Estado miembro, en particular si el solicitante facilitó información imprecisa o utilizó el dictamen indebidamente».

⁴⁰ Recuérdese que son los siguientes: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

⁴¹ Dicho apartado prevé expresamente la siguiente posibilidad (la cursiva es nuestra): la autoridad nacional de competencia a que se refiere el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (en caso de España, la CNMC) podrá decidir en casos concretos que, en el futuro, uno o varios de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el apartado 1 (*autorizadas por mejorar normas de sostenibilidad*) se modifiquen, suspendan o directamente no se lleven a cabo si considera que tal decisión es necesaria para evitar la exclusión de la competencia o si considera que se ponen en peligro los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE. En el caso de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que abarquen a más de un Estado miembro, la decisión contemplada en el párrafo primero del presente apartado será adoptada por la Comisión Europea sin aplicar el procedimiento mencionado en el artículo 229, apartados 2 y 3 (procedimiento de examen del artículo 5 del Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión). Al actuar en virtud del párrafo primero del presente apartado, la autoridad nacional de competencia informará a la Comisión por escrito después de iniciar la primera medida formal de investigación y le notificará sin demora tras su adopción las decisiones que se deriven. Las decisiones a que se refiere el presente apartado no serán aplicables antes de la fecha de su notificación a las empresas de que se trate.

competencia que perjudicasen claramente los intereses de los consumidores, como son las relativas a los precios⁴².

IV. La sostenibilidad en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia

23. La realización de conductas que lesionan el interés por la sostenibilidad ha sido sancionada por la Comisión Europea sobre la base de que limitan el desarrollo técnico (*cf.* art. 101.1.b TFUE)⁴³, adquiriendo así relevancia en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia. No se trata, por tanto, de que la adopción de criterios sostenibles justifique restricciones de competencia, sino que la omisión de soluciones sostenibles puede llegar a ser considerada infracción de las normas europeas de competencia.

24. Entre las primeras sanciones de la Comisión Europea que ponen de manifiesto la importancia de defender la sostenibilidad ambiental y el «Pacto Verde» desde la aplicación de las normas de competencia se hallan las impuestas el 8 de julio de 2021 a diversos fabricantes de automóviles, que fueron multados con algo más de 875 millones de euros por restringir durante más de 5 años la competencia en la limpieza de emisiones de los nuevos turismos diésel, concretamente mediante acuerdos de coordinación respecto a los sistemas de reducción catalítica selectiva utilizados en los turismos equipados con motor diésel vendidos en el EEE (Case AT.40178 – *Car Emissions*)⁴⁴. La Comisión Europea indicó el carácter esencial del mantenimiento de una «competencia vibrante» para que la innovación impulse el cumplimiento de los objetivos del *Green Deal*.

25. Los hechos sancionados por la Comisión Europea consistieron en una coordinación entre fabricantes de automóviles a través de diversas reuniones periódicas que permitieron evitar una mejor limpieza —una mayor sostenibilidad— de las emisiones nocivas de óxido de nitrógeno (NOx) de los turismos diésel mediante la inyección de urea —conocida comercialmente como *AdBlue*— en el escape, y ello a pesar de que la tecnología pertinente estaba disponible. La coordinación permitió a los infractores reducir la incertidumbre sobre el comportamiento de sus respectivos competidores, conociendo así que ningunos de los fabricantes iba a plantear un «cumplimiento excesivo», es decir, ir más allá de los requisitos legales establecidos —tamaño de los tanques y rangos de recarga de *AdBlue*—.

26. Siguiendo la doctrina del TJUE⁴⁵, la Comisión Europea considera que «tiene un objeto contrario a la competencia un intercambio de información capaz de disipar la incertidumbre entre las

⁴² Concretamente, ha manifestado (traducción libre) que «los objetivos de interés público, como la sostenibilidad, son objetivos legítimos. Pero el interés económico en un mayor nivel de ingresos por sí mismo no puede justificar la exención de dicho acuerdo de las normas del derecho de la competencia. La sostenibilidad no juega un papel en el modelo de financiación. Sin embargo, *Agrardialog* puede presentarnos en cualquier momento un concepto de sostenibilidad que no se base en un acuerdo de precios en perjuicio de los consumidores». Asimismo, «alentamos y apoyamos a los productores agrícolas que deseen fortalecer su posición mediante cooperaciones o que persigan objetivos de sostenibilidad. Las leyes de competencia alemanas y europeas rara vez se interponen en el camino de tales cooperaciones. Ya existen amplias normas de exención, especialmente para el sector agrícola. Los productores pueden agrupar sus ofertas, negociar colectivamente y dar su peso. Pero si acuerdan los componentes del precio entre ellos, esto claramente excede los límites de la ley de competencia».

⁴³ También existen resoluciones de algún Estado miembro, como es el caso de Alemania (al hilo de acuerdos de cooperación en el sector bananero, como puede consultarse en la siguiente *url*: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html) o Francia (al respecto, *vid.* Décision de la *Autorité de la Concurrence* 17-D-20 du 18 octobre 2017 (puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/17d20.pdf>)).

⁴⁴ La resolución de la Comisión Europea puede ser consultada íntegramente en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022289_3048_5.pdfhttps://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022289_3048_5.pdf

⁴⁵ Así, entre otras, sentencias de 19 de marzo de 2015 (*Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, apartado 122) y de 26 de septiembre de 2018 (*Infineon Technologies AG v Commission*, C-99/17 P, ECLI:EU:C:2018:773, apartados 157-158).

partes en cuanto al momento, el alcance y las modalidades del ajuste de la conducta de las empresas en el mercado, incluso a la luz de los avances tecnológicos» (apartado 117). En el caso sancionado la Comisión Europea confirmó que «los fabricantes sabían que en el futuro sería posible con sistemas SCR lograr reducciones de NOx aún mayores más allá de los requisitos reglamentarios en determinadas condiciones reales de conducción... Por lo tanto, los fabricantes tenían la opción de seguir una estrategia de cumplimiento excesivo» (apartado 123). El perjuicio de la restricción de competencia para el interés del consumidor quedó concretado en que «los clientes interesados en los turismos con sistema SCR no habrían tenido otra opción que comprar un nuevo coche diésel con un depósito de *AdBlue* con el volumen pequeño coordinado» (apartado 127), desechándose cualquier tipo de eficiencia. Los infractores intentaron justificar su coordinación en que había permitido construir una infraestructura *AdBlue* amigable para el cliente y mejorar la comerciabilidad de la tecnología SCR respetuosa con el medio ambiente. Sin embargo, la Comisión Europea consideró que la coordinación no fue en ningún caso indispensable para lograr la construcción de tal infraestructura, incumplándose uno de los presupuestos de autorización del artículo 101.3.a del TFUE.

V. Hacia la inclusión general de la sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales

27. La consideración general de la sostenibilidad como interés relevante e influyente en la evaluación *antitrust* de conductas horizontales es casi una realidad que deriva de una evolución originada desde finales del S. XX. Aunque tienen unos precedentes claros en el *soft law* de la Unión Europea y en su inclusión parcial en el ROCM (*vid. supra*, apartados 13-22), adquieren especial relevancia en la Propuesta de 2022 sobre las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH), posiblemente aplicables a partir del 1 de enero de 2023.

1. Precedentes

28. El interés por la preservación del medio ambiente ha sido considerado en el ámbito de la competencia desde hace tiempo, especialmente en su *soft law*. El «Quinto Programa sobre Medio Ambiente»⁴⁶ de la Unión Europea destacó la importancia de la cooperación para la protección medioambiental, planteando así una estrategia que no recurriera solo a instrumentos sancionadores o políticas prohibitivas, sino que promoviera una colaboración sostenible, principalmente entre sector industrial y Estados⁴⁷. Se reconoce así que las medidas legislativas no son suficientes para garantizar la protección del medio ambiente, siendo conveniente la implicación del sector empresarial. En esta línea, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, de 27 de noviembre de 1996⁴⁸, destacó los beneficios inherentes a dichos acuerdos y hace referencia a la posible exención de sus eventuales restricciones de competencia⁴⁹.

⁴⁶ COM(92) 23.

⁴⁷ Sobre estos acuerdos *vid.* A. J. SÁNCHEZ SÁEZ, «Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril 2004, pp. 279-310.

⁴⁸ COM(96)561 final.

⁴⁹ Así, la Comisión Europea ya conectó el interés por la preservación del medio ambiente con los presupuestos de la autorización por eficiencia del antiguo artículo 85.3 del Tratado CEE. Concretamente, afirmó que «cuando analiza un caso con arreglo al apartado 3 del artículo 85, la Comisión, en aplicación del principio de proporcionalidad, sopesa las restricciones de la competencia resultantes del acuerdo frente a los objetivos medioambientales que se pretende alcanzar con él. En la práctica, esto implica, por una parte, determinar si las restricciones son indispensables para conseguir los objetivos medioambientales y, por otra, cerciorarse de que los consumidores se benefician adecuadamente del acuerdo. En particular, puede considerarse que la protección del medio ambiente es un elemento que contribuye a mejorar la producción o distribución de los productos y a fomentar el progreso económico y técnico».

29. Junto a estos documentos generales sobre medio ambiente adquieren relevancia otros que inciden especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia. Es el caso de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C 3/02), que incluyeron los denominados «acuerdos sobre medio ambiente» en sus apartados 179-198, definidos como «aquellos por los que las partes se comprometen a lograr una reducción de la contaminación conforme a la legislación medioambiental o a cumplir determinados objetivos en el ámbito del medio ambiente, en particular los enunciados en el artículo 174 del Tratado». Se trató de promover aquellos acuerdos que tuvieran como objetivo o acordaran medidas estrictamente vinculadas «a la reducción de un agente contaminante o de un tipo de residuos identificados como tales en la normativa correspondiente», quedando excluidos «los acuerdos en los que la reducción de la contaminación es un efecto colateral de otras medidas».

30. La Comisión Europea reconoce en las citadas Directrices que las tres siguientes clases de acuerdos sobre cuestiones medioambientales no suelen ser considerados conductas colusorias, al no tener efectos negativos para la competencia —apartados 185-187—: i) acuerdos en los que no se impone obligación concreta alguna a las partes o cuando éstas se comprometen vagamente a alcanzar un objetivo medioambiental⁵⁰; ii) los acuerdos que establecen las cualidades ecológicas de los productos o procesos y que no afecten sensiblemente a la diversidad de los productos y de la producción en el mercado de referencia o que no incidan significativamente en las decisiones de compra⁵¹; y iii) acuerdos que implican una verdadera creación de mercado, como, por ejemplo, los acuerdos de reciclaje, en general no limitan la competencia, siempre que y mientras las partes no estén en condiciones de ejercer por su cuenta las actividades de que se trate y no existan otras alternativas ni otros competidores significativamente en las decisiones de compra.

31. Por el contrario, la Comisión Europea consideró que existían determinados acuerdos medioambientales que entraban —por su propia naturaleza— en el ámbito de la prohibición de las conductas colusorias, al camuflar en objetivos medioambientales operaciones prohibidas, tales como fijaciones de precios, limitaciones de la producción, repartos de mercados. Asimismo, resultaría prohibida la cooperación que «sirviera de instrumento en el marco de un acuerdo restrictivo más amplio destinado a excluir del mercado a competidores existentes y potenciales» —apartado 188—. Junto a los mismos, también se indicaron los acuerdos que presentaban grandes riesgos de ser considerados restricciones ilícitas por el objeto —apartados 189-191—: i) aquellos que abarquen gran parte de un sector a escala nacional o comunitaria si limitan sensiblemente la capacidad de las partes para determinar las características de sus productos o la forma en que los producen al permitirles influir en la producción o en las ventas de la otra parte —ya sea proveedor o comprador—; ii) que eliminen de forma progresiva una proporción importante de las ventas de las partes por cuanto se refiere a sus productos o a sus procesos de producción o que afecten sensiblemente tales ventas si las partes disponen de una importante cuota de mercado —lo mismo ocurre con los acuerdos por los que las partes establecen un reparto de cuotas individuales de contaminación—; y iii) aquellos acuerdos por medio de los cuales unas partes en posesión de cuotas significativas en una parte sustancial del mercado común designan a una empresa como prestador exclusivo de servicios de recogida o reciclaje de sus productos también pueden restringir la competencia de manera considerable si existen otros proveedores reales o posibles.

32. En los demás casos la Comisión Europea confirmó la aplicabilidad de los criterios de autorización individual, establecidos en el antiguo artículo 81.1 del TCE y que coinciden con los del vigente

⁵⁰ No obstante, la Comisión Europea afirma que «en este último supuesto, la evaluación habrá de centrarse en el margen discrecional otorgado a las partes en cuanto a los medios técnicos y económicamente disponibles para alcanzar el objetivo medioambiental fijado. Cuanto más variados sean estos medios, menos significativos serán los posibles efectos restrictivos».

⁵¹ La Comisión Europea aclara que «cuando se eliminan del mercado ciertas categorías de un producto, sea de manera inmediata o progresiva, no puede considerarse que ello implique una restricción notable, siempre que estas categorías sólo representen una escasa parte del mercado geográfico de referencia o, tratándose de mercados de alcance comunitario, del mercado de cada uno de los Estados miembros».

artículo 101.3 del TFUE. Sintéticamente, la valoración *antitrust* positiva requeriría que los acuerdos presentasen tres características: i) *ventajas económicas* relacionadas con el medio ambiente que compensen sus efectos negativos sobre la competencia, «en el sentido de que su realización produjese un beneficio neto en términos de reducción de la presión derivado de la aplicación del acuerdo en comparación con la situación en caso de no haberse emprendido actuación alguna»⁵²; *carácter indispensable*, es decir, que los acuerdos impongan a las empresas interesadas restricciones que indispensables para alcanzar los objetivos medioambientales. Según la Comisión Europea, «cuanto más objetivamente probada esté la eficiencia económica de un acuerdo medioambiental, más fácil será considerar indispensable cada una de sus disposiciones para la realización del objetivo medioambiental en su contexto económico»⁵³; y iii) *ausencia de eliminación de la competencia*, es decir, que no ofrezcan a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. La Comisión Europea explicó al respecto que «independientemente de cuáles sean las ventajas medioambientales y económicas y la necesidad de las disposiciones previstas, el acuerdo no debe eliminar la competencia en lo que concierne a la diferenciación de los productos o procesos de producción, a la innovación tecnológica o a la entrada en el mercado a corto o, en su caso, a medio plazo»⁵⁴.

33. Estos precedentes europeos sobre los acuerdos medioambientales no tuvieron continuidad como tales en las actuales Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01). Sin embargo, la Comisión Europea aclaró que «la determinación de los estándares, que era el objeto principal del antiguo capítulo relativo a los acuerdos sobre medio ambiente, se contempla con mayor propiedad en el capítulo de las presentes Directrices referente a la estandarización. Por lo general, en función de los problemas de competencia que planteen los acuerdos sobre medio ambiente, se deberán evaluar con arreglo al capítulo pertinente de las presentes Directrices, a saber, el relativo a los acuerdos de I+D, de producción, de comercialización o de estandarización» (nota al pie número 14 de las citadas Directrices). Más concretamente, las Directrices contemplan los estándares medioambientales como posible objeto autorizable en un acuerdo entre empresas⁵⁵. Esta inclusión indi-

⁵² Se estableció, en suma, que tales ventajas económicas debían compensar los costes, que incluían, en particular, «los efectos de una reducción de la competencia, junto con los costes que implica el cumplimiento del acuerdo para los agentes económicos o los efectos sobre los terceros». Además, la Comisión Europea explicó que los beneficios podrían evaluarse en dos fases: «si los consumidores tienen una participación positiva en los beneficios del acuerdo y si ésta se produce en un plazo razonable no es necesario determinar materialmente las ventajas medioambientales globales. En caso contrario, puede resultar necesario proceder a un análisis coste-beneficio con objeto de determinar si hay razones fundadas para esperar un beneficio neto para los consumidores en general» (apartado 194).

⁵³ Al respecto, la Comisión Europea explicó que «la evaluación objetiva de las disposiciones que, a primera vista, podrían considerarse no indispensables deberá apoyarse en un análisis coste-beneficio que ponga de manifiesto que, partiendo de presunciones razonables, los medios alternativos para alcanzar las ventajas medioambientales previstas serían más costosos en términos económicos o financieros. Por ejemplo, habría que demostrar con toda claridad que la aplicación de una tasa uniforme, sin tener en cuenta los costes individuales de recogida de los residuos, es indispensable para el funcionamiento de un sistema de recogida aplicado al conjunto de un sector» (apartado 196).

⁵⁴ Al respecto, la Comisión Europea puso como ejemplo el caso de una concesión de derechos de recogida exclusivos a una empresa de recogida/ reciclaje que tiene competidores potenciales; en estos casos «la duración por la que se conceden los derechos debería tener en cuenta la posible entrada en el mercado de otro operador» (apartado 197).

⁵⁵ La Comisión Europea propone un ejemplo en el que casi todos los fabricantes de lavadoras acuerdan, auspiciados por un organismo público, dejar de fabricar productos que no cumplan ciertos criterios medioambientales (por ejemplo, de eficiencia energética). Las partes poseen conjuntamente el 90% del mercado. Los productos que desaparecerán progresivamente del mercado con esta medida suponen una proporción significativa de las ventas totales. Dichos productos serán sustituidos por otros más ecológicos, pero también más caros. Además, el acuerdo reduce indirectamente la producción de terceros (por ejemplo, compañías de suministro de electricidad o proveedores de componentes integrados en los productos que irán desapareciendo). Sin el acuerdo, las partes no habrían modificado sus actividades de producción y comercialización en pro de unos productos más respetuosos del medio ambiente. Ante este supuesto el análisis de la Comisión Europea es el siguiente: El acuerdo concede a las partes el control de la producción individual y abarca una proporción considerable de sus ventas y su producción total, mientras que también reduce la producción de terceros. La variedad de productos, que se orienta en parte por las características medioambientales del producto, se ve limitada y es probable que ello traiga consigo un aumento de precios. Por lo tanto, es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. La implicación de un organismo público carece de importancia a efectos de la evaluación de este acuerdo. Sin embargo, los productos más nuevos y más respetuosos del medio ambiente son más avanzados técnicamente y ofrecen eficiencias cualitativas consistentes

recta de los acuerdos de sostenibilidad en las normas de exención ha sido criticada por la CNMC, al generar una situación de falta de seguridad jurídica que puede implicar una desincentivación a su realización⁵⁶.

2. Propuesta de 2022 sobre «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH)

A) Introducción

34. Transcurridos más de diez años desde la publicación de la Comunicación de la Comisión Europea que incorporó las últimas «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», se abrió un período de consulta en marzo de 2022 en relación con su actualización, previéndose su versión definitiva para 2023.

La Propuesta de Directrices de 2022 (en adelante, PDAH), además de adecuar al contexto actual el marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales, ofrece orientaciones especiales sobre su evaluación cuando persigan objetivos de sostenibilidad, garantizando así el compromiso de la Comisión Europea de alcanzar las finalidades del Pacto Verde y separando nuevamente los acuerdos relacionados con la protección del medio ambiente de los de estandarización. La PDAH, aun admitiendo que los estándares de sostenibilidad tienen similitudes con los acuerdos de estandarización, destaca que los mismos presentan características atípicas o menos pronunciadas que aconsejan proponer orientaciones específicas en un capítulo autónomo.

35. Además de dicho capítulo, la PDAH es consciente de la especialidad de los criterios de sostenibilidad en el mercado agrario (*vid. supra*, apartados 17-22), previendo —como ya hacía el ROCM— la publicación de unas Directrices *ad hoc* y excluyendo consecuentemente de su ámbito a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, y que estén exentos de lo dispuesto en el artículo 101.1 TFUE en virtud del artículo 210 *bis* del ROCM. No obstante, obsérvese que la exclusión de la PDAH no es total respecto a las conductas que pudieran producirse en el mercado agrario, sino más bien lo es respecto a los acuerdos que refuercen los estándares de sostenibilidad, que son solo una parte de los que podrían fomentar el desarrollo sostenible. Por tanto, y al igual que sucedía en relación con los acuerdos verticales, la aplicación del ROCM es preferente, por criterio de especialidad, respecto a las normas o directrices que pudiesen ser adoptadas en relación con los acuerdos horizontales o de cooperación.

36. Los criterios generales relativos a los «acuerdos de sostenibilidad» se hallan en el capítulo 9 de la PDAH (apartados 541-621), que, entre otras cuestiones, expone los casos en que resulta poco probable que planteen problemas de competencia y ofrece orientaciones sobre aspectos específicos de su evaluación con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 101 TFUE; en la PDAH tiene más incidencia el objetivo sostenible de los acuerdos evaluables que en el ámbito de las reciente norma y directrices sobre acuerdos verticales (*vid. supra*, apartados 13-16), pues incide también en el ámbito del artículo 101.1 del TFUE. La agrupación de dichos criterios en un capítulo no significa que la sostenibilidad deje de ser

en que los consumidores pueden utilizar un mayor número de programas en las lavadoras. Además, hay eficiencias económicas para los compradores de lavadoras que son el resultado de los menores costes de funcionamiento debidos al menor consumo de agua, electricidad y detergente. Estas eficiencias económicas se consiguen en mercados diferentes del mercado de referencia del acuerdo. No obstante, estas eficiencias pueden tenerse en cuenta ya que los mercados en los que se producen los efectos restrictivos de la competencia y las mejoras de eficiencia están relacionados y el grupo de consumidores afectados por la restricción y las mejoras de eficiencia es sustancialmente el mismo. Las mejoras de eficiencia compensan los efectos restrictivos de la competencia consistentes en unos costes mayores. Las soluciones alternativas al acuerdo resultan más inciertas y menos rentables para alcanzar los mismos beneficios netos. Las partes disponen de diversos medios técnicos económicamente viables para fabricar productos que se ajusten a las características medioambientales acordadas y se preservará la competencia en lo tocante a otras características de estos productos. Por lo tanto, parece que se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

⁵⁶ Al respecto, *vid.* Respuesta de la CNMC a la consulta pública *Competition policy supporting the Green Deal*, p. 18.

considerada una característica transversal de las conductas concurrenciales, ya que puede aparecer como objetivo o resultado de acuerdos de cooperación horizontal muy diversos. Por ello, las especialidades sobre sostenibilidad que la PDAH expone agrupadamente en un capítulo deberán ser interpretadas de forma coordinada si la conducta evaluada tenga también criterios específicos en otros capítulos de la PDAH⁵⁷. Así, es posible que acuerdos de cooperación como los de I+D, o de producción o compras, persigan objetivos de sostenibilidad⁵⁸, debiéndose tener en cuenta los criterios establecidos especialmente para ellos junto a los derivados del objetivo de la sostenibilidad.

37. La PDAH presenta a los acuerdos de sostenibilidad como una clase de cooperación empresarial que contribuye, junto a políticas y reglamentaciones públicas específicas, a mantener un desarrollo sostenible, entendido como la «la capacidad de la sociedad para consumir y utilizar los recursos disponibles en la actualidad sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (apartado 543)⁵⁹. La consecución de los objetivos de sostenibilidad no recae, por tanto, solo en el Derecho de la Competencia, sino que resulta necesario potenciar políticas y reglamentaciones —principalmente en materia de contaminación o medio ambiente— que pueden ser reforzadas mediante acuerdos de cooperación sostenible entre empresas.

B) Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia

38. Los objetivos de desarrollo sostenible pueden ser perseguidos a través de acuerdos de cooperación empresarial inocuos para la competencia, es decir, que no son susceptibles de incidir negativamente en la estructura competitiva del mercado de referencia o que no afectan a los elementos de competencia (como precios, distribución,...), supeditándose su validez a criterios de otros sectores del Ordenamiento jurídico⁶⁰.

39. Al igual que sus precedentes⁶¹, la PDAH es consciente de esta cuestión y presenta tres ejemplos ilustrativos —por tanto, no exhaustivos— de acuerdos que no plantean problemas de competencia⁶²: a) *acuerdos que no se refieran a la actividad económica de los competidores*, sino a su conducta empresarial interna. Estos pactos no afectan a la competencia, si bien podrían perseguir objetivos de sostenibilidad, al tratar de mejorar la reputación general del sector de ser responsable desde el punto de vista

⁵⁷ A esta realidad hace referencia el apartado 547 de la PDAH: «cuando un acuerdo de sostenibilidad se refiera a un tipo de cooperación descrito en cualquiera de los capítulos anteriores de las presentes Directrices, su evaluación se regirá por los principios y las consideraciones establecidos en dichos capítulos, teniendo en cuenta al mismo tiempo el objetivo específico de sostenibilidad perseguido».

⁵⁸ Es el caso, por ejemplo, de acuerdos que tengan los siguientes objetos: el desarrollo de una tecnología de producción que reduzca el consumo de energía, la utilización de infraestructuras con vistas a reducir la huella ambiental de un proceso de producción, o la compra únicamente a proveedores respetando determinados principios de sostenibilidad.

⁵⁹ Siguiendo a la Resolución 66/288 de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, el desarrollo sostenible «abarca actividades que promueven el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos)».

⁶⁰ Recuérdese que el Derecho de la Competencia es selectivo, al centrarse solo en cláusulas de incidencia concurrencial. La Comisión Europea es consciente de ello, tal y como ha expuesto en algunas de sus Directrices. Así, por ejemplo, las relativas a la aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología (2014/C 89/039) entienden que las siguientes obligaciones raramente tienen repercusión en la competencia, al menos al nivel antitrust: a) obligaciones de confidencialidad; b) obligaciones que impiden a los licenciarios conceder sublicencias; c) obligación de no utilizar los derechos de la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que los derechos de la tecnología licenciada sigan siendo válidos y estén vigentes; d) obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia; e) obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada; y f) obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto (apartado 183).

⁶¹ Las Directrices de 2001 ya advertían, con carácter general, que es poco probable que los acuerdos sobre medio ambiente produzcan restricciones que afecten a los precios o a la producción (apartado 22). También explicaban que, de producir algún tipo de efecto negativo, afectaría más bien a la innovación o la diversidad de productos, pudiendo también crear problemas de exclusión en el acceso al mercado de referencia (*foreclosure*).

⁶² *Vid.* apartados 552-4 de la PDAH.

medioambiental, acordando, por ejemplo, «medidas para eliminar los plásticos de un solo uso en sus locales comerciales, no superar determinadas temperaturas ambiente en los edificios o limitar el número de materiales impresos al día». b) *acuerdos sobre la creación de bases de datos* que contengan, por ejemplo, «información sobre los proveedores que tienen cadenas de valor sostenibles, o que utilizan procesos de producción sostenibles y proporcionan insumos sostenibles, o los distribuidores que venden productos de manera sostenible, sin exigir a las partes que compren a dichos proveedores o vendan a dichos distribuidores». c) los *acuerdos entre competidores relativos a la organización de campañas de sensibilización en todo el sector o de campañas de sensibilización de los clientes sobre la huella ambiental de su consumo*, siempre que dichas campañas no constituyan publicidad conjunta de productos concretos.

40. El último borrador de las Directrices de la Autoridad Holandesa de la Competencia (ACM) sobre los acuerdos de sostenibilidad⁶³ también se refiere a los acuerdos inocuos para la competencia, estableciendo diversos ejemplos, como es el caso de aquellos que incentivan compromisos para hacer una contribución positiva a un objetivo de sostenibilidad —por ejemplo la reducción de las emisiones de CO₂— sin ser vinculante para las empresas individuales, donde las empresas determinan sus propias contribuciones y la forma en que desean realizarlas. Asimismo, no afectarían a la competencia los códigos de conducta que promuevan prácticas ambientalmente conscientes, que habitualmente implican normas conjuntas y etiquetas de certificación sobre el uso de materias primas o los métodos de producción⁶⁴. Otros acuerdos que no tendrían incidencia *antitrust* serían los destinados a mejorar la presentación del producto —por ejemplo, mediante el uso más eficiente de los materiales de embalaje—, excluyendo la producción de los menos sostenibles, siempre que la conducta no afecte a diversidad de precios y/o productos.

41. Junto a estos ejemplos de acuerdos de sostenibilidad objetivamente inocuos para la competencia deberán excluirse asimismo de la evaluación *antitrust* todas aquellas conductas que se hallen en supuestos excluidos de la aplicación general del Derecho de Defensa de la Competencia, como, por ejemplo, son los casos de aquellos acuerdos que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia⁶⁵, o que sean realizados por empresas dependientes desde el punto de vista económico⁶⁶.

C) Incidencia del objetivo de la sostenibilidad para la evaluación del acuerdo bajo los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE

42. La consideración de que un acuerdo restrictivo de la competencia persiga un objetivo de sostenibilidad puede presentar incidencia relevante en la aplicación del artículo 101.1 del TFUE —o, en

⁶³ La última versión consultada es el segundo borrador de Directrices (2021).

⁶⁴ Con respecto a los mismos, la ACM señala que los criterios de participación deben ser transparente y el acceso debe otorgarse sobre la base de condiciones razonables y no discriminatorias. Además, debe seguir siendo posible tener estándares alternativos o etiquetas de certificación de igualdad de condiciones, y también para vender productos que quedan fuera de dichos códigos.

⁶⁵ El Derecho de la Competencia consideró desde muy temprano que para su aplicación la afectación de la competencia podía ser incluso *indirecta*, aunque debía ser *sensible* (P. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, «El efecto apreciable sobre el comercio comunitario y el efecto sensible sobre la competencia: Dos reglas antitrust condenadas a entenderse», *Revista de estudios europeos*, núm. 75, enero-junio, 2020, pp. 323-333). Sobre esta última característica recuérdese que la Comisión Europea ha publicado distintas Comunicaciones que fijan parámetros o criterios que coadyuvan a concretar la importancia de determinadas conductas —la concreción de «lo sensible»— destacando la relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE (2014/C 291/01, conocida como Comunicación *de minimis*).

⁶⁶ En estos casos estaríamos ante supuestos de dependencia, en los que la actividad concurrencial, a pesar de estar materializada por dos empresas jurídicamente diferenciadas —aunque no económicamente—, debería ser imputada jurídicamente al empresario del que se dependa, no existiendo en tales casos la bilateralidad que exigen gran parte de las infracciones antitrust. En este sentido, «en la práctica es posible encontrar acuerdos concluidos entre personas formal y jurídicamente independientes pero carentes de autonomía para determinar su comportamiento comercial, por lo que en estos casos puede ponerse en duda la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 1 LDC» (J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 41). Por tanto, la aplicación del Derecho de la Competencia cede ante situaciones de dependencia económica o producidas en un contexto intra-grupo (por todos *vid.* J.I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).

su caso, del artículo 53.1 del Acuerdo EEE—, que, como es sabido, declara incompatibles con el mercado interior y prohíbe determinados acuerdos entre empresas en función, entre otras cuestiones, de que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Como se observa, el artículo diferencia entre acuerdos que tienen «por objeto» de aquellos cuyo «efecto» sea el de impedir, restringir o falsear la competencia. Los primeros suponen *per se* conductas que falsean la competencia y que son sancionadas sin considerar los efectos que las mismas producen en un determinado mercado. A pesar de que la categoría de las «restricciones por el objeto» no está exenta de posibles críticas, es recogida ampliamente por autoridades de competencia y tribunales⁶⁷, encontrándose muy ligada a las conductas de cooperación horizontal, en las que la coordinación entre empresas tiene el objeto mismo de eliminar la competencia entre las mismas o respecto a un nivel de mercado.

43. Sobre esta realidad, la PDAH dispone que «el hecho de que un acuerdo persiga realmente un objetivo de sostenibilidad puede tenerse en cuenta para determinar si la restricción en cuestión es una restricción por el objeto o una restricción por el efecto en el sentido del artículo 101, apartado 1», acogiendo así la doctrina jurisprudencial que propugna que para apreciar si un acuerdo entre empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 101.1 TFUE debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los *objetivos que pretende alcanzar* y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe⁶⁸. Por tanto, la inclusión de un objetivo de sostenibilidad presenta gran relevancia en acuerdos que parecen perseguir fijaciones de precios, asignaciones de mercados o clientes, o limitaciones de la producción o la innovación. Para que tal objetivo justifique el análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia —y para que, por tanto, la evaluación *antitrust* no se quede en su objeto— es preciso que las partes presenten «todos los hechos y pruebas que demuestren que el acuerdo persigue realmente dicho objetivo y no se utiliza para encubrir una restricción de la competencia por el objeto» (apartado 560 PDAH). Además, será necesario que, una vez probados, dichos efectos favorables a la competencia sean suficientemente importantes, de forma que permitan albergar dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del acuerdo y, por lo tanto, de su objeto contrario a la competencia (*cf.*: STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics UK* y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 107).

44. Como exponente típico o ejemplo de estos criterios generales, la PDAH estudia específicamente la incidencia de los *acuerdos de estandarización de la sostenibilidad* en su evaluación según

⁶⁷ De acuerdo con la mismas, especialmente según la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (as. C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*), «para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes. Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta». La calificación de «restricción por el objeto» debe realizarse, sin embargo, de forma restrictiva, pudiendo solo «aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos» (STJUE de 2 de abril de 2020 (as. C-228/18, *Budapest Bank*). Existe más jurisprudencia reiterada al respecto, tanto del TJUE (Sentencia de 13 diciembre 2012 del TJUE, asunto C-226/11, *Expedia Inc.* contra *Autorité de la concurrence* y otros y STJUE de 20 de noviembre de 2008, Asunto C-209/07, *Carne de Vacuno*) como de nuestros tribunales, tanto TS como AN (Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0091/08 *Vinos finos de Jerez*). Esta doctrina es recogida ampliamente por la CNMC o CNC; entre otras, Resoluciones de 1 de octubre de 2019, Exp. S/DC/0612/17 *Montaje y mantenimiento industrial*, 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*; de 12 de enero de 2102, Expte. S/0179/09, *Hormigón* y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, *Postensado y Geotecnia* y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 *Palés*; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0489/13 *Concesionarios OPEL*, S/0486/13, *Concesionarios Toyota*, S/0488/1313, *Concesionarios Hyundai* y S/0487/13 *Concesionarios Land Rover* y de 28 de mayo de 2015, Expte S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*; de 3 de diciembre de 2015 de Expte. S/0481/13, *Construcciones modulares*; de 7 de abril de 2016, Expte. S/0503/14, *Fabricantes de Turrón*; de 26 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14 AIO y de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*.

⁶⁸ *Vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53) y de 14 de marzo de 2013 (*Allianz Hungría Biztosító* y otros, EU:C:2013:160, apartado 36 y jurisprudencia ahí citada).

el artículo 101.1 TFUE, deteniéndose en las siguientes tres cuestiones: su delimitación conceptual, los principales problemas de competencia y los criterios de evaluación *antitrust*:

45. La delimitación de estas conductas presenta gran amplitud, al ser proclive de ser realizadas en cualquier fase empresarial, desde la fabricación de productos hasta su comercialización minorista. Se trata de acuerdos cuyo objeto es fomentar el desarrollo sostenible mediante el compromiso de llevar a cabo acciones que sigan directrices o normas que incorporen determinados estándares de sostenibilidad. La PDAH apunta algunos ejemplos de objetivos incluibles en estos acuerdos, entre los que destacan los siguientes: a) la eliminación gradual, la retirada o, en algunos casos, la sustitución de productos —por ejemplo, combustibles fósiles como el petróleo y el carbón, plásticos— y procesos —por ejemplo, la combustión en antorcha— no sostenibles por otros sostenibles; b) la armonización de los materiales de envasado para facilitar el reciclado o de los tamaños de los envases —y, por tanto, el contenido de los productos— para reducir los residuos; c) la compra de insumos de producción solo si los productos comprados se fabrican de manera sostenible; d) la fijación de condiciones que mejoren el bienestar animal —por ejemplo, estándares acordados para proporcionar más espacio a los animales—.

46. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad presentan diferencias respecto a los denominados «acuerdos de sostenibilidad» —tratados en el capítulo 7 de la PDAH⁶⁹—. Por contraste con estos, los acuerdos de estandarización sostenible presentan las siguientes características —apartados 564-567 de la PDAH—: a) la adopción de un estándar de sostenibilidad a menudo puede dar lugar al establecimiento de una etiqueta, logotipo o marca ecológicos para los productos que cumplan determinados requisitos mínimos, cuyo uso obligaría, en principio, a aquellos que los adoptan a cumplir el estándar, pudiendo utilizar la etiqueta, el logotipo o la marca siempre que cumplan las condiciones de sostenibilidad, y perdiendo el uso de estos cuando dejen de cumplir estos requisitos; b) el coste de atenerse a un estándar de sostenibilidad y cumplirlo puede ser elevado, especialmente si se exige que los cambios en los procesos de producción o comercio existentes cumplan dicho estándar; c) a diferencia de los estándares técnicos, que garantizan la interoperabilidad y fomentan la competencia entre tecnologías de diferentes empresas en el proceso de desarrollo de estándares, las cuestiones de interoperabilidad y compatibilidad entre tecnologías son, por lo general, irrelevantes para los estándares de sostenibilidad; y d) muchos estándares de sostenibilidad se basan en el proceso, la gestión o el rendimiento, lo que significa que, a diferencia de muchos estándares técnicos, los estándares de sostenibilidad prescriben a menudo un objetivo que debe alcanzarse sin imponer tecnologías o métodos de producción específicos.

47. Sin perjuicio de sus potenciales efectos beneficiosos⁷⁰, los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad pueden presentar *problemas de competencia* de tres formas principales: mediante la coordinación de precios o a través de la exclusión de estándares alternativos o, incluso, de la eliminación o discriminación de determinados competidores (apartado 569 de la PDAH). Los criterios de evaluación *antitrust* deben partir de las «líneas rojas» que imponen las restricciones por el objeto, por virtud de las que se considera ilícita *per se* cualquier fijación de precios, asignación de mercados o clientes, limitaciones de la producción o limitaciones de la calidad o la innovación. Ejemplos claros serían el acuerdo entre competidores sobre cómo traducir el aumento de los costes resultante de la adopción de un estándar de sostenibilidad en un aumento de los precios de venta hacia sus clientes, o el acuerdo entre las partes del estándar de sostenibilidad para presionar a terceros para que se abstengan de comercializar

⁶⁹ A diferencia de la estandarización sostenible, «el objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos, los procesos de fabricación, los procesos de diligencia debida de la cadena de valor, los servicios o los métodos actuales y futuros» (apartado 462 PDAH).

⁷⁰ Entre los que destacan los siguientes: «contribuyen a un desarrollo sostenible y, por tanto, pueden permitir el desarrollo de nuevos productos o mercados, aumentar la calidad de los productos o mejorar las condiciones de suministro o distribución. En particular, al proporcionar información sobre cuestiones de sostenibilidad (por ejemplo, a través de etiquetas), los estándares de sostenibilidad capacitan a los consumidores para tomar decisiones de compra con conocimiento de causa y, por tanto, desempeñan un papel en el desarrollo de mercados de productos sostenibles. Por último, los estándares de sostenibilidad también pueden igualar las condiciones entre los productores que están sujetos a requisitos reglamentarios diferentes» (apartado 568 de la PDAH).

productos que no cumplan dicho estándar (*cf.* apartado 571 de la PDAH). Resulta clave que el acuerdo no imponga restricciones de competencia adicionales a las estrictamente necesarias para la consecución del objetivo de sostenibilidad, dificultando innecesariamente el acceso al mercado de referencia.

48. La consideración de que el acuerdo persigue realmente un objetivo de sostenibilidad lo aleja de la ilicitud por el objeto, derivándolo a la evaluación de sus efectos sobre el mercado⁷¹. En este escenario la PDAH propone una «salvaguardia regulatoria blanda» que puede tener una incidencia muy positiva en su evaluación *antitrust*. Se trata de que el acuerdo incluya las siguientes condiciones cumulativamente: a) que el procedimiento para desarrollar el estándar de sostenibilidad sea transparente y todos los competidores interesados puedan participar en el proceso que conduce a la selección del mismo; b) que el estándar de sostenibilidad no imponga a las empresas que no deseen participar en él la obligación, directa o indirecta, de cumplirlo; c) que las empresas participantes sigan teniendo libertad para adoptar por sí mismas un estándar de sostenibilidad más elevado que el acordado con las demás partes del acuerdo —por ejemplo, pueden decidir utilizar en su producto final ingredientes más sostenibles de lo que el estándar puede exigir—; d) que las partes del estándar de sostenibilidad no intercambien información comercial confidencial que no sea necesaria para el desarrollo, la adopción o la modificación del estándar; e) que se garantice un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización, lo que debe incluir un acceso efectivo y no discriminatorio a los requisitos y las condiciones para la obtención de la etiqueta acordada o para la adopción del estándar en una fase posterior por parte de las empresas que no hayan participado en el proceso de desarrollo de estándares; f) que el estándar de sostenibilidad no dé lugar a un aumento significativo del precio ni a una reducción importante de la elección de productos disponibles en el mercado; y g) que exista un mecanismo o un sistema de seguimiento para garantizar que las empresas que adoptan el estándar de sostenibilidad cumplen efectivamente los requisitos de este⁷². *A sensu contrario*, y aunque la PDAH dispone que el incumplimiento de una o varias de estas condiciones no crea una presunción de que el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101.1 TFUE, resulta inevitable que tendría una incidencia muy negativa en su análisis *antitrust*.

⁷¹ Este hecho aumenta la importancia de un análisis económico, como es puesto de manifiesto a lo largo del Informe de Roman Iderst titulado «Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements», incorporado como informe de experto en el procedimiento de tramitación de la PDAH (puede consultarse en la siguiente *url*: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722074enn_HBER_sustainability.pdf).

⁷² El apartado 617 de la PDAH propone el siguiente ejemplo de acuerdo que se beneficia de la salvaguardia regulatoria blanda: los cereales para el desayuno se venden en atractivas cajas de cartón de colores. A lo largo de los años, el tamaño de estas cajas ha ido aumentando, no porque el contenido sea mayor, sino simplemente para hacerlas más atractivas y sugerentes para los consumidores. Se trata de una estrategia de comercialización rentable, ya que los consumidores suelen comprar los cereales para el desayuno de forma espontánea, y el mayor tamaño da la impresión de ser la mejor compra. Dado que todos los productores han seguido esta estrategia, esta no ha tenido un efecto significativo en sus cuotas de mercado. Sin embargo, ha dado lugar a un exceso de alrededor del 15 % en el material de envasado utilizado para sus productos. Prevent Waste, una organización no gubernamental, ha criticado la estrategia de «caja vacía» de los productores de cereales para el desayuno por considerarla un despilfarro y perjudicial para el medio ambiente, al utilizar más recursos naturales de los necesarios para una producción y distribución eficientes de estos productos. En respuesta, los productores de cereales para el desayuno, unidos en su organización comercial, han aceptado limitar el exceso de envasado de sus productos. Han acordado colectivamente limitar el exceso a un máximo del 3 % para garantizar que las cajas de cereales sigan siendo fáciles de utilizar, y han hecho pública su decisión. Los productores han aplicado el acuerdo desde principios de año y este cubre el 100 % del mercado. Como consecuencia de ello, los costes de envasado, que representan el 6 % del precio al por mayor, han disminuido en torno a un 10%. Esto ha dado lugar a una disminución de alrededor del 0,5 % del precio al por mayor de los cereales para el desayuno y de un 0-0,5 % del precio al por menor. El análisis realizado en la PDAH es el siguiente: los competidores acuerdan un elemento que afecta al precio del producto, pero lo hacen de manera transparente, permitiendo a todos adoptar el enfoque sin imponer la obligación de hacerlo. No hay intercambio de información sensible y el cumplimiento de la decisión es fácil de controlar. Además, los productores de cereales siguen siendo libres de seguir reduciendo sus envases si así lo desean. Asimismo, el acuerdo de limitar el exceso de envasado tiene un efecto muy reducido e incluso a la baja sobre el precio de los cereales para el desayuno, no afecta a la competencia entre los productores de cereales en los principales parámetros de precio, calidad e innovación, y solo afecta de forma muy limitada a la competencia en la comercialización (habida cuenta del impacto aparentemente limitado de la estrategia de sobredimensionamiento de las cajas). Por lo tanto, el acuerdo cumple las condiciones de la salvaguardia regulatoria y, de este modo, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. De hecho, el acuerdo mejora los resultados para los consumidores, al eliminar las costosas estrategias de exceso de envasado que tienen poco impacto en la competencia.

49. Junto a la importancia de esta «salvaguardia regulatoria blanda» deberá atenderse también a la amplitud de los efectos del acuerdo en el mercado relevante. Así, estando plenamente vigentes los criterios *de minimis* (2014/C 291/01), debe tenerse en cuenta la «cobertura de mercado de los productos que incorporan el estándar» (*cf.*: apartado 575 de la PDAH), de forma que la licitud *antitrust* del acuerdo se basaría en el mantenimiento de la misma libertad de oferentes y demandantes de productos en el mercado de referencia. Por ejemplo, la utilización de una etiqueta o logo como consecuencia de un comportamiento sostenible —de producción o comercialización— puede mantener incólume el derecho a la libertad de empresa y libre competencia de las demás empresas y de los consumidores⁷³. En caso contrario, cuando el acuerdo de sostenibilidad no tienda a restringir la competencia —por ejemplo, mediante la fijación de precios—, pero restrinja la competencia por implicar necesariamente una elevación de costes, deberá decidirse su licitud/ilicitud *antitrust* con base en los criterios del artículo 101.3 TFUE, de acuerdo con los criterios explicados en los siguientes apartados.

D) Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE

50. Recuérdesse que el vigente Derecho europeo de la Competencia se inspira desde principios del S. XX en un sistema de excepción legal, que implica que cualquier empresa que realice conductas prohibidas por el artículo 101.1 TFUE puedan realizarlas sin necesidad de autorización individual cuando cumplan determinados presupuestos. El artículo 1.2 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia europeas supuso un cambio muy relevante, al suprimir las antiguas autorizaciones singulares⁷⁴ y establecer que «los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado (hoy 101.3 TFUE) que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que

⁷³ La PDAH propone en su apartado 618 el siguiente ejemplo de acuerdo que no tiene efectos apreciables sobre la competencia: *Fair Tropical Fruits*, una organización no gubernamental, junto con una serie de comerciantes de fruta, han creado una etiqueta para las frutas tropicales de comercio justo (la etiqueta «FTF»). Para poder utilizar la etiqueta, las empresas que comercian con frutas tropicales deben garantizar que las frutas en cuestión proceden de explotaciones en las que se respetan determinadas condiciones mínimas para el uso seguro de los plaguicidas. Estas empresas siguen teniendo libertad para comercializar también frutas con otras etiquetas. *Fair Tropical Fruits* ha establecido un sistema de seguimiento para certificar que los productos vendidos con la etiqueta FTF cumplen las condiciones mínimas. Las condiciones de participación, la metodología y los resultados del sistema de seguimiento están disponibles en el sitio web de *Fair Tropical Fruits*. Las frutas vendidas con la etiqueta FTF son más caras que otras frutas tropicales comercializadas. La etiqueta FTF se ha introducido en toda la Unión Europea y una serie de grandes comerciantes la utilizan y han firmado el acuerdo para respetar las condiciones mínimas de la etiqueta. La etiqueta se ha hecho popular rápidamente entre algunos consumidores. Dependiendo del tipo de fruta tropical y del mercado geográfico afectado, las cuotas de mercado de las frutas vendidas en la UE con la etiqueta oscilan ahora entre el 2,6 % para las piñas y el 14,7 % para los mangos. El resto del mercado lo suministran los mismos comerciantes, que operan al margen de la etiqueta, y otros comerciantes que no forman parte del acuerdo. En análisis propuesto por la PDAH es el siguiente: el precio más elevado de las frutas vendidas con la etiqueta FTF puede requerir la evaluación de los efectos del acuerdo. Sin embargo, habida cuenta de las modestas cuotas de mercado de los productos objeto del acuerdo en los distintos mercados de la Unión Europea, de las importantes cuotas de mercado de otras etiquetas y de los productos convencionales y de la competencia de los mismos, del hecho de que la participación en la etiqueta FTF sea voluntaria y no exclusiva y de que la licencia de uso de la etiqueta solo dependa del cumplimiento de determinadas condiciones mínimas, es poco probable que los acuerdos de establecimiento y concesión de licencias de la etiqueta produzcan efectos negativos apreciables. Por lo tanto, los acuerdos no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En efecto, los acuerdos pueden ampliar las posibilidades de elección de los consumidores, permitiéndoles identificar productos que presentan características de «comercio justo».

⁷⁴ En el ámbito de la legislación comunitaria las autorizaciones individuales estaban reguladas en el Reglamento número 17 del Consejo. El procedimiento de autorización se iniciaba mediante notificación de los interesados a la Comisión. La decisión mediante la que la Comisión autorice una determinada conducta debía indicar la fecha desde la que surte efecto —que no podrá ser anterior a la notificación— y el periodo de tiempo para el que se otorgaba (*cf.*: artículos 6 y 8 Reglamento n° 17). La decisión podía conllevar condiciones y cargas, así como podía ser revocada o modificada. Las decisiones eran publicadas por la Comisión e incluían una mención de las partes interesadas y de sus elementos esenciales. Asimismo, debía tenerse en cuenta el legítimo interés de las empresas en cuanto no se divulguen sus secretos comerciales (artículo 21 del Reglamento n° 17). No obstante, el procedimiento podía simplificarse, pues podía considerarse el envío de una carta provisional, una vez cumplido el trámite de la publicación.

sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto». De acuerdo con este sistema, y con carácter general, es posible que las restricciones de competencia derivadas de acuerdos de sostenibilidad se consideren válidas si se comprueba el cumplimiento acumulativo de dos clases de presupuestos, unos de carácter positivo y otros negativos (artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE)⁷⁵. Desde un punto de vista positivo, las conductas autorizables deberán contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante —son las conocidas como «mejoras de eficiencia»—. En sentido negativo, las conductas autorizables no podrán en ningún caso implicar alguna de las siguientes situaciones: a) imposición a las empresas interesadas restricciones de competencia que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos —como, por ejemplo, mejorar la producción, la distribución o la calidad del producto—; y b) posibilidad a dichas empresas de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. La PDAH concreta estos presupuestos en relación con los acuerdos de sostenibilidad, explicando las particularidades más reseñables.

51. En relación con las *mejoras de eficiencia*, diversos apartados de la PDAH (577 y 48-72) insisten en que el acuerdo debe contribuir a generar «no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación», intentando así evitar prácticas de «lavado verde» (*greenwashing*), en las que se crea solo una imagen ilusoria de beneficio ecológico. Las mejoras deberán ser objetivas⁷⁶, concretas y verificables, quedando pendientes de la debida justificación por parte de las partes del acuerdo, que podrían utilizar estudios existentes realizados por instituciones de conocimiento, gobierno, agencias, organizaciones internacionales u ONG influyentes⁷⁷. Entre las manifestaciones más destacables de estas mejoras destacan las siguientes —apartado 578 de la PDAH—: a) el uso de tecnologías de producción o distribución más limpias; b) la reducción de la contaminación; c) la mejora de las condiciones de producción y distribución; d) el aumento de la resiliencia de las infraestructuras o cadenas de suministro; e) la mejora de la calidad de los productos; f) la reducción del tiempo necesario para introducir productos sostenibles en el mercado; g) la ayuda a la mejora de las posibilidades de elección de los consumidores al facilitar la comparación de los productos.

52. El *carácter indispensable de la restricción* significa que la eficiencia generada por la restricción de competencia no puede ser alcanzada de otro modo. La PDAH hace referencia a este requisito de la exención antes del necesario beneficio para los usuarios, básicamente porque «el análisis de la participación equitativa de los consumidores no debe incluir los efectos de ninguna restricción que no cumpla la condición de carácter de indispensable y que, por tanto, esté prohibida por el artículo 101». La carga de la prueba de tal carácter corresponde a las partes del acuerdo, que «deben demostrar que su acuerdo como tal, así como cada una de las restricciones de la competencia que implica, son razonablemente necesarios para que se materialicen los beneficios en materia de sostenibilidad alegados y que no existen otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzarlos»⁷⁸. Particularmente interesantes son las manifestaciones del carácter indispensable de los acuerdos de sostenibilidad concretadas en la rentabilidad y en la creación de economías de escala. Al respecto, los acuerdos pueden ser indispensables para que el objetivo de sostenibilidad sea alcanzado de forma más rentable; se trata de fomentar la cooperación que minimice los costes de la sostenibilidad, pues sin el acuerdo ninguna empresa podría, por razones económicas, realizar los cambios necesarios en su producción o distribución

⁷⁵ Sobre esta cuestión recomendamos F. DIEZ ESTELLA y A. GUERRA FERNÁNDEZ, «Artículo 1», en AA.VV., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Dir. J. MASSAGUER FUENTES, J.M. SALA ARQUER, J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ), Sexta edición, Thomson Reuters, 2020, pp. 236-248.

⁷⁶ En el mismo sentido, el segundo borrador de Directrices de la Autoridad Holandesa de Competencia sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021) señala que solo se tendrán en cuenta los beneficios de sostenibilidad objetivos, no los beneficios que sean únicamente basado en las opiniones subjetivas de las partes involucradas.

⁷⁷ A estos medios de prueba se refiere el segundo borrador de Directrices de la Autoridad Holandesa de Competencia sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021), apartado 35.

⁷⁸ Apartados 581 y 73-82 de la PDAH.

que redunden en un resultado más sostenible. Asimismo, es posible que sean necesarias determinadas restricciones que permitan conseguir «una escala suficiente para cubrir los costes fijos de la creación, el funcionamiento y el seguimiento de una etiqueta», como, por ejemplo, la abstención de competencia al margen de tal etiqueta.

53. El acuerdo de sostenibilidad debe permitir que los consumidores obtengan una *participación equitativa en los beneficios*, lo que significa que «la incidencia global sobre los consumidores en el mercado pertinente es al menos neutra»⁷⁹. Las partes del acuerdo deberán probar al menos alguno de los siguientes beneficios para los usuarios, entendidos en sentido amplio —mayoristas, los minoristas y los consumidores finales—:

54. En primer lugar, pueden generarse beneficios del consumo o del uso de los propios productos cubiertos por el acuerdo evaluado, y ello en diversos sentidos. Por una parte, puede mejorarse la calidad de los mismos, redundando directamente en el beneficio del usuario; por ejemplo «las hortalizas cultivadas con la ayuda de fertilizantes orgánicos pueden tener un mejor sabor o ser más sanas para los consumidores que aquellas producidas con fertilizantes no orgánicos»⁸⁰. Además, puede mejorarse la propia calidad del producto, aumentando sus propiedades o longevidad. Cuando el usuario no es consumidor final también puede beneficiarse de acuerdos de sostenibilidad, en casos en que repercutan en una reducción de costes de producción o logísticos⁸¹. En todos estos casos, la clave de la exención se fundamenta en que «los beneficios son lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios o la reducción de la elección»⁸², lo que es posible que genere, además, «externalidades positivas», como la reducción de la contaminación o la lucha contra los efectos negativos del efecto invernadero.

55. En segundo lugar, pueden generarse beneficios individuales del valor de no uso, al apreciarse por parte de los usuarios el impacto negativo que tienen productos no sostenibles⁸³. En este caso el beneficio indirecto debe compensar al consumidor el sobreprecio del producto en aras de la preservación del medio ambiente. Ciertamente, esta manifestación negativa de la participación equitativa de los usuarios en los beneficios del acuerdo restrictivo de sostenibilidad es más difícilmente acreditable, al existir diferencias entre sus preferencias teóricas y su comportamiento real de compra. Por ello, se requiere que las partes de un acuerdo aporten «pruebas sólidas que demuestren las preferencias reales de los consumidores»⁸⁴.

56. En tercer lugar, los beneficios colectivos podrían tener también incidencia en la autorización de restricciones de competencia derivadas de acuerdos de sostenibilidad, siempre que sean significativos en el mercado del producto o en uno al que se encuentre vinculado⁸⁵. Las mejoras colectivas solo son

⁷⁹ Apartado 588 de la PDAH y sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

⁸⁰ Apartado 591 de la PDAH.

⁸¹ A esta realidad hace referencia el apartado 593 de la PDAH, cuando se refiere a que «los acuerdos destinados a reducir los envases también pueden reducir los costes de producción y distribución y, en última instancia, el precio del producto».

⁸² Apartado 591 de la PDAH.

⁸³ La PDAH hace referencia a algunos ejemplos: los consumidores pueden optar por un líquido de limpieza concreto no porque limpie mejor, sino porque contamine menos el agua. Del mismo modo, los consumidores pueden estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un mueble fabricado a partir de madera cultivada y cosechada de forma sostenible no por la mejor calidad del mueble, sino porque quieren detener la deforestación y la pérdida de hábitats naturales. En la misma línea, los conductores pueden optar por utilizar un combustible más caro no porque sea de mayor calidad y mejor para sus vehículos, sino porque contamine menos (apartado 595 de la PDAH).

⁸⁴ Apartado 599 de la PDAH. Al respecto, dicho apartado expone, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72, que no es necesario que se evalúe la disposición de todos y cada uno de los consumidores del mercado de referencia, bastando que la evaluación se base en una fracción representativa de todos los consumidores del mercado de referencia.

⁸⁵ Así, según el apartado 602 de la PDAH, aunque el equilibrio entre los efectos negativos y los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos se realiza normalmente en el mercado de referencia al que se refiere el acuerdo, cuando dos mercados

auténticas cuando la sostenibilidad es la regla general en un mercado; así, por ejemplo, «si solo dos de cada diez fabricantes de lavadoras aceptan renunciar a las variantes más contaminantes, es poco probable que el acuerdo impida el parasitismo y, por tanto, que reduzca suficientemente la contaminación, ya que los consumidores interesados podrán seguir comprando las variantes contaminantes a uno o varios de los proveedores restantes»⁸⁶. La incidencia de esta clase de beneficios queda supeditada a que las partes realicen las siguientes acciones⁸⁷: a) describan claramente los beneficios alegados y aporten pruebas de que ya se han producido o que es probable que se produzcan; b) definan claramente a los beneficiarios; c) demuestren que los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios o forman parte de ellos; y d) demuestren qué parte de los beneficios colectivos que se producen o que es probable que se produzcan fuera del mercado de referencia recae en los consumidores del producto de dicho mercado. Para la acreditación del beneficio colectivo derivado de acuerdos de sostenibilidad podrán utilizarse pruebas basadas en informes de las autoridades públicas o en informes elaborados por organizaciones académicas reconocidas⁸⁸.

57. Un ejemplo de ausencia de este beneficio colectivo se produjo en Holanda, en relación con un acuerdo entre los miembros de una asociación que representaba a la industria energética holandesa y determinados productores de electricidad con el objeto de cerrar cinco centrales eléctricas de carbón. La Autoridad Holandesa de Competencia (ACM) observó que, a pesar del beneficio ambiental derivado de tal acuerdo, las plantas de carbón representaban aproximadamente el 10% de la capacidad de producción disponible en los Países Bajos y que, si fueran cerradas, la demanda tendría que ser atendida en su lugar por electricidad más costosa de producir, implicando una elevación de los precios de la electricidad. La ACM analizó si los beneficios ambientales derivados del acuerdo eran lo suficientemente sustanciales como para compensar el aumento de precios para los consumidores, concluyendo que no era el caso, considerando el acuerdo como infracción de las normas de competencia holandesas.

58. Sin embargo, sobre este tercer presupuesto de participación de los usuarios resulta interesante plantear que en ocasiones podría obviarse o relajarse —como propone precisamente la ACM⁸⁹—, principalmente cuando el acuerdo reduzca el daño ambiental y ayude, de manera eficiente, a cumplir con una norma internacional o estándar nacional, o ayude a lograr un objetivo político concreto (prevenir daño ambiental). En cualquier caso, se trata de una cuestión controvertida que admite muchos matices y que deberá ser confirmada en la *praxis*, dada la gran implicación del interés del consumidor en la interpretación y aplicación de las normas de competencia,

59. Junto a las mejoras de eficiencia, el carácter indispensable de la restricción y la participación equitativa de los consumidores en los beneficios se requiere que el acuerdo de sostenibilidad *no permita a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia* respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Se trata, en suma, de mantener activos ciertos elementos de competencia en el mercado afectado, de forma que las restricciones de competencia no sean tan amplias que eliminen la misma de forma absoluta. Así, la uniformización de estándares de calidad, que puede afectar a los niveles de producción, debe dejar elementos de competencia para los operadores, como puede ser el precio. Tan solo permite la PDAH eliminaciones temporales de la competencia, al prever, por ejemplo, de acuerdos entre competidores para limitar temporalmente la producción de una variante de un producto que contenga un ingrediente no sostenible, con el fin de introducir en el mercado un sustituto sostenible, destinado a sensibilizar a los consumidores sobre las propiedades del nuevo producto⁹⁰.

estén vinculados, se podrán tener en cuenta las eficiencias obtenidas en mercados independientes, siempre que el grupo de consumidores afectados por la restricción y que se benefician de las mejoras de eficiencia sea sustancialmente el mismo.

⁸⁶ Vid. apartado 605 de la PDAH.

⁸⁷ *Ibidem*, apartado 606.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 607.

⁸⁹ Apartado 45 de su segundo borrador de Directrices sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021).

⁹⁰ Vid. apartado 614 de la PDAH.

VI. Conclusiones

60. El interés por un desarrollo sostenible para el planeta está cada vez más arraigado en numerosos sectores del Derecho, configurándose en algunos casos como objetivo prioritario. Son numerosas las medidas que se están impulsando a todos los niveles, erigiendo a la sostenibilidad como bien jurídico transversal que incide directamente en organizaciones, negocios jurídicos y comportamientos concurrenciales de empresas. El Derecho de la Unión Europea no es una excepción, integrando el fomento de un desarrollo sostenible en la definición y realización de sus distintas políticas y acciones.

61. El Derecho de la Competencia es uno de los sectores afectados por la integración jurídica de la sostenibilidad, al ser responsable del mantenimiento de un nivel suficiente de competencia entre conductas que son proclives a tener incidencia en el medio ambiente. El fomento de acuerdos de cooperación —o, incluso, de operaciones de concentración— entre empresas que tengan un componente ecológico y la autorización de ayudas públicas a conductas sostenibles coadyuva decisivamente a la consecución de objetivos medioambientales. Esta realidad ha sido detectada e impulsada por la Unión Europea, que, especialmente desde el conocido «Pacto Verde» o *Green Deal*, está decidida a que la aplicación de su política de competencia permita también contribuir al desarrollo sostenible.

62. La inclusión de la sostenibilidad en el ámbito europeo del control *antitrust* de las conductas concurrenciales se ha realizado de diversas formas, encontrándose aún en expansión. Por un lado, mediante su consideración teórica como criterio de exención o, al menos, de interpretación de los presupuestos de autorización individual —*ex arts.* 101.3 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE— en diferentes normas o directrices del Derecho de la Competencia, tanto en el ámbito de las relaciones verticales como de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de empresas vinculadas con la producción o el comercio de productos agrarios; en este sentido, destacan las recientes Directrices sobre el nuevo Reglamento de acuerdos verticales —de 10 de mayo de 2022— o la inclusión —el 2 de diciembre de 2021— del artículo 210 *bis* en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que autoriza determinadas iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad. Aunque la intensidad de la inclusión de objetivos sostenibles es diferente en estos dos ámbitos, resulta innegable su incorporación expresa para la evaluación *antitrust*. Por otro lado, la sostenibilidad ha sido considerada en la *praxis* por la Comisión Europea como elemento para la evaluación *antitrust* de determinados acuerdos, llegando a sancionar conductas concertadas que evitaban aplicar soluciones más sostenibles y que, por tanto, restringían la competencia limitando el desarrollo técnico.

63. Junto a esta realidad la Unión Europea proyecta incluir también la sostenibilidad como criterio general para la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales o de cooperación, a través de su previsión en el proyectado *soft law*. Aunque existen precedentes en directrices anteriores, la inclusión de los «acuerdos de sostenibilidad» en la Propuesta de 2022 (PDAH) —previsiblemente en vigor desde 2023— es la más explícita y pretenciosa realizada hasta la fecha y pone de manifiesto su relevancia actual, así como la confirmación de la inclusión definitiva de la sostenibilidad como criterio a tener en cuenta en la evaluación *antitrust* de todo acuerdo de cooperación horizontal. A diferencia de las recientes norma y directrices sobre acuerdos verticales —y más cercana a la línea de la inclusión del artículo 210 *bis* en el ROCM—, la PDAH prevé la incidencia de la sostenibilidad tanto en la interpretación del apartado 1 como del 3 de los artículos 101.1 del TFUE y 53 del Acuerdo EEE —desarrollando exhaustivamente su interpretación en su capítulo 9 y aportando ejemplos de conductas prohibidas y autorizadas desde el prisma de la sostenibilidad— como considerándola criterio relevante para la aplicación del Derecho europeo de la Competencia, como es el caso, por ejemplo, de las implicaciones que presentan los objetivos de desarrollo sostenible en la dicotomía entre infracciones por el objeto y por los efectos —en el ámbito de los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE—.

La realidad profesional de “Compliance” y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano*

The professional reality of “Compliance” and some aspects of their legal relationship: Spanish and Italian Law

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES**

Profesor Doctor de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0002-2219-3574

Recibido: 04.04.2022 / Aceptado: 03.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7208

Resumen: La responsabilidad (penal o administrativa) de la persona jurídica es un fenómeno europeo que transfiere relevancia a diferentes disciplinas. La implantación de una cultura ética corporativa y de *Compliance* en Italia y, posteriormente, en España, no sólo ha supuesto una revolución del ámbito punitivo y sancionador, sino también del estrictamente *iusprivatista*. Este trabajo tiene por objeto la realización de un estudio comparativo (entre Italia y España) de la regulación del fenómeno de *Compliance*, para posteriormente ofrecer algunas breves notas sobre la relación jurídica (“de *Compliance*”) y la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo, *compliance officer* u organismo de vigilancia (OdV).

Palabras clave: Cumplimiento normativo, órgano de supervisión, oficial de cumplimiento, relación profesional, contrato, responsabilidad, daño.

Abstract: The legal person’s liability (criminal or administrative) is a European phenomenon that transfers relevance to different disciplines. Implementing a corporate ethics and compliance culture in Italy and, subsequently, in Spain has led to a revolution in the punitive and sanctioning sphere and the strictly legal-private globe. This paper aims to carry out a comparative study (between Italy and Spain) of the regulation of the phenomenon of Compliance to subsequently offer some notes on the legal relationship between “Compliance” and the civil liability of the compliance officer (OdV).

Keywords: Compliance, supervision, compliance officer, professional relationship, contract, liability, damage.

Sumario: I. Proemio. II. Génesis normativa del fenómeno de “Compliance”: ordenamiento español e italiano. 1. La responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas en Italia. A) Art. 1 D. Lgs. 231/2001. B) Art. 5 D. Lgs. 231/2001. C) Art. 6 D. Lgs. 231/2001. 2. La responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en España. A) Art. 31 bis CP. B) Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE. C) La función de las normas de estandarización UNE e ISO. III. El oficial de cumplimiento norma-

*Este trabajo es fruto de dos estancias de investigación realizadas en la Universidad de Bolonia y en la Universidad Aldo Moro de Bari (Italia) durante el año 2021, financiándose por el “Programa de Fomento e Impulso de la Investigación y la Transferencia en la Universidad de Cádiz”, en la modalidad “MV-Ayuda para la realización de estancias de investigación en Universidades de Prestigio” (EST2021-012).

** juancarlos.velasco@uca.es

tivo, Compliance Officer u Organismo de Vigilancia (OdV). 1. Notas sobre su origen. A) Italia. B) España. 2. Delimitación de algunas notas comunes. A) Ausencia de regulación. B) Naturaleza. C) Composición. D) Nombramiento. E) Cualificación, independencia y protección. IV. La denominada relación de “Compliance”. 1. Hacia un concepto de “contrato de Compliance”. Integración conforme al ordenamiento español. 2. Hipotético y genérico contenido contractual. V. Sobre la eventual responsabilidad civil del Compliance Officer u Órgano de Vigilancia externo. VI. Reflexiones finales.

I. Proemio

1. La responsabilidad de la persona jurídica se introduce en Italia a través del D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio de 2001¹. En cambio, en España, se produce años más tarde, inicialmente mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio² y, posteriormente, mejorándose su redacción, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³. Ambas reformas han supuesto un cambio significativo en la concepción de la responsabilidad de la *societas* y la génesis de una cultura ética corporativa y del cumplimiento normativo (*Compliance*).

2. Este marco jurídico ha propiciado el nacimiento *ex novo* de una nueva figura profesional, propia de los países de corte anglosajona: el oficial de cumplimiento normativo, *compliance officer* u organismo de vigilancia (OdV)⁴. Cada vez más, las corporaciones dependen en gran medida de los servicios que presta el profesional del cumplimiento normativo, con objeto de garantizar que sus prácticas empresariales se ajusten a las normas⁵. Esta realidad impulsa una serie de interrogantes sobre determinados aspectos jurídico-privados de una eventual relación entre las personas jurídicas demandantes de los servicios cualificados de *Compliance* y los profesionales que los ofrecen.

3. El presente trabajo tiene por objeto apuntar algunas de las cuestiones que suscita la hipotética relación jurídica entre quienes se comprometen a la supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión y, las entidades destinatarias del ordenamiento regulador de la responsabilidad (administrativa o penal). Se pretende poner de relieve cómo la normativa ha propiciado la creación de una nueva figura profesional carente de regulación, cuyas relaciones se proyectan de forma novedosa en la disciplina *ivs privatista*, principalmente en el ordenamiento de obligaciones y contratos.

4. Así, se parte de la habilitación legal que realizan los dos ordenamientos⁶ —el italiano y el español— [consistente en la necesaria configuración de un órgano supervisor (con poderes autónomos de iniciativa y control)⁷ que vigile y controle el cumplimiento de los modelos de organización y gestión implantados en la organización], para posteriormente abordar, por un lado, el ámbito del “contrato de *Compliance*”⁸ y, por otro, ofrecer unas breves consideraciones acerca de la responsabilidad profesional del *OdV* o *com-*

¹ ITALIA, L. 231/2001, “*disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, (Gazz. Uff. N. 140 19/06/2001).

² ESPAÑA, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

³ ESPAÑA, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴ En Italia, generalmente, al órgano supervisor de los modelos de organización y gestión a los que se refiere el art. 6 d.lgs. 231/2001 se le ha denominado *Organismo di Vigilanza (OdV)*, vid. v.gr. A. DE NICOLA, *L' Organismo di vigilanza 231 nelle società di capital*, Giappichelli editore, Torino, 2015; P. MONTALENTI, “Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli” *Giur. Comm.*, 2009; N. ABRIANI y F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, Rivista 231*, vol. 3, 2013; F. MASTRO y M.F. ARTUSI, “La costante evoluzione dell’Organismo di Vigilanza: multiformità della struttura e responsabilità dei suoi membri” *Rivista 231*, 3, 2012; A. DE VIVO y L. MARTINO, “L’Organismo di Vigilanza” en AA.VV., *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006, entre otros.

⁵ L. TROMPETER, “Summary Narrative of Chief Compliance Officer Liability”, *American University Business Law Review*, Vol. 6:2, 2017, p. 341.

⁶ Apdo. II.

⁷ Apdo. III.

⁸ Apdo. IV.1

*pliance officer*⁹; cuestiones escasamente tratadas por la doctrina italiana y, menos aún, por la española. En tal sentido, se destacan dos partes centrales. Una primera, esencialmente descriptiva o expositiva, relativa a la realidad de *Compliance* en el ordenamiento italiano y español; y, una segunda, más reflexiva quizás, concerniente a determinados aspectos de la relación jurídico-privada de la antedicha realidad.

5. La metodología a desarrollar es de base cualitativa, concretándose, para determinados aspectos, en un estudio comparado de diversas fuentes, especialmente sobre el ordenamiento que da origen a la realidad de *Compliance*, en conjunción con los postulados de la doctrina y la jurisprudencia patria e italiana. El método de derecho comparado habilitaría el cotejo de dos realidades jurídicas de estructura similar, permitiéndose extraer los elementos exitosos de cada sistema para posteriormente proponer una mejora del ordenamiento¹⁰. Así, el análisis comparativo de las fuentes, que más adelante se exponen, podrá mostrar el estado de la cuestión en cada realidad jurídica, así como ofrecer soluciones que complementen a los sistemas estudiados.

6. Las fuentes normativas de partida son dos: el art. 31 *bis* CP¹¹ y el D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio de 2001 (arts. 1, 5 y 6). Éstas han de ser puestas en relación con el ordenamiento jurídico-privado, así como con los criterios científicos y jurisprudenciales. En el caso de España, el espectro de fuentes a integrar debe ampliarse a otras de carácter no jurídicas: la Circular 1/2016 FGE¹², de 22 de enero¹³ y los estándares de normalización nacional e internacional, utilizados de forma recurrente por el sector profesional (las denominadas normas UNE e ISO)¹⁴.

II. Génesis normativa del fenómeno de “Compliance”: ordenamiento español e italiano

1. La responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas en Italia

A) Art. 1 D. Lgs. 231/2001

7. El precepto que presenta al D. Lgs. 231/2001 exhibe el ámbito de aplicación de ésta, ciñéndose a la responsabilidad “administrativa” de las entidades con personalidad jurídica, sociedades y asociaciones aun sin tal personalidad. Además, se indica cuáles son las corporaciones que se excluyen de su aplicación: *i*) el Estado; *ii*) los organismos públicos territoriales; *iii*) organismos públicos no económicos; y, *iv*) otros con trascendencia constitucional. Este marco introduce de forma definitiva en el ordenamiento italiano la responsabilidad punitiva directa (de naturaleza administrativa) de la persona jurídica¹⁵.

B) Art. 5 D. Lgs. 231/2001

8. El art. 5 D. Lgs. 231/2001 declara la responsabilidad de la persona jurídica (de los delitos cometidos en su interés o beneficio) y concreta los sujetos que la harán responsable por transferencia: *i*) las personas que desempeñen funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de sus unidades organizativas; *ii*) las personas que ejerzan de hecho, dirijan y controlen la entidad u

⁹ Apdo. V.

¹⁰ C.M. VILLABELLA ARMENGOL, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en W. GODÍNEZ MÉNDEZ y J.H. GARCÍA PEÑA, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica*, UNAM, México, pp. 939-940.

¹¹ ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de 11 de 1995).

¹² ESPAÑA, Fiscalía General del Estado.

¹³ Referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

¹⁴ Numerosos estándares u orientaciones en materia de cumplimiento normativo se han dictado por organizaciones de carácter privado como la Asociación Española de Normalización (UNE) o la *International Organization for Standardization (ISO)*: v.gr. ISO 37001:2016 y 3701:2020; UNE 19601:2017.

¹⁵ S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, G. Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 9.

unidades organizativas; *iii*) las personas sometidas a la dirección o supervisión por parte de alguno de los anteriores. El ámbito objetivo se acota a los delitos cometidos en interés o beneficio de la persona jurídica por sujetos que tienen una posición dominante o alto cargo en la entidad¹⁶.

C) Art. 6 D. Lgs. 231/2001

9. El sexto artículo se dedica a regular las excepciones de la responsabilidad, es decir, a la enumeración de un elenco de requisitos para evitar la sanción en los supuestos en los que la comisión delictiva sea cometida por: *i*) las personas que desempeñen funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de sus unidades organizativas; y, *ii*) aquellas personas que ejerzan de hecho, la dirección y control de la entidad u unidades organizativas. Por el contrario, la corporación no responderá si efectivamente acredita lo siguiente:

- a) que el órgano de administración ha adoptado y aplicado con eficacia (y antes de la comisión delictiva) modelos de organización y dirección adecuados para la prevención;
- b) la encomienda de la función de supervisión del funcionamiento y observancia de los anteriores modelos a un órgano de la entidad con facultades autónomas de iniciativa y control;
- c) las personas que consumaron el delito, lo hicieran eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención; y,
- d) la ausencia de omisión o supervisión insuficiente por el órgano supervisor.

10. De esta enumeración de condicionantes, dos elementos van a ser los relevantes al objeto de este estudio: *i*) los modelos de organización y gestión adecuados para la prevención de delitos (denominados planes de prevención penal, *compliance programs*, programas de cumplimiento normativo, etc.); y, *ii*) el órgano supervisor del funcionamiento y observancia de los modelos con poderes autónomos de iniciativa y control. El primer elemento, debido a que es el instrumento de trabajo y/o encargo que puede recibir el profesional del cumplimiento, sirve de elemento delimitador, en ciertos supuestos, de su responsabilidad¹⁷. El segundo por ser la figura sobre la que nace la relación jurídica y ser el centro de imputación de responsabilidades.

11. El órgano de supervisión al que alude la norma (de forma genérica y abstracta) [apdo. b) *ex art 6 D. Lgs. 231/2001*] coincide con el denominado por la doctrina órgano de vigilancia y control (OdV), comúnmente conocido en países anglosajones (por tener un mayor recorrido) como *compliance officer* u oficial de cumplimiento normativo¹⁸.

12. El precepto, de estructura muy similar al apdo. 5 art. 31 *bis* CP español, continúa desarrollando los requisitos que han de cumplir los modelos de organización preventivos para una posible exoneración penal (apdo. 2): *i*) identificar las actividades en las que se pueden cometer delitos (mapa de riesgos); *ii*) provisión de protocolos específicos que determinen el proceso de toma de decisiones de la persona jurídica; *iii*) diseño de métodos para la administración de los recursos financieros; *iv*) establecimiento de obligaciones de información al órgano supervisor de los modelos; y, *v*) implementación de un régimen disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas. A estas condiciones hay que añadirles otras (*ex art. 6:2 bis y ter*): la configuración de unos canales de denuncia o de información, así como, la dotación de mecanismos de protección al denunciante¹⁹ y la necesaria verificación periódica de los modelos [apdo. a) art. 7.4].

¹⁶ C. BERTI, “Profili di responsabilità civile dell’organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lg n. 231/2001”, *Resp. Civ.*, 7, 539, p. 2011.

¹⁷ C. BERTI, *Responsabilità amministrativa dell’ente e responsabilità civile dell’Organismo di Vigilanza*, CEDAM, Padova, 2012, p. 81 advierte que el modelo de organización es un parámetro para evaluar la eventual responsabilidad del OdV.

¹⁸ Para mayor profundidad, apdo. III.

¹⁹ Directiva 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva *Whistleblowing*) (DOUE 26 de noviembre de 2019). Hace poco, se conocía que la Comisión

2. La responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en España

13. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰ en el ordenamiento español se produce por primera vez a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A partir de su entrada en vigor, el imperante brocardo latino *societas delinquere non potest*²¹ queda plenamente alterado y la persona jurídica ya puede ser sujeto activo de determinados delitos²².

14. El legislador, no satisfecho con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el 2010, efectúa una nueva revisión del texto legal años después. Así, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se reformula nuevamente el art. 31 *bis* CP y se añaden otros preceptos²³. Esta nueva previsión tiene su fundamento y punto de partida en la regulación efectuada

Europea iniciaba la incoación de un procedimiento de infracción contra los países que no habían traspuesto a su ordenamiento la citada Directiva al sobrepasar el plazo concedido (17 de diciembre de 2021). Entre estos países se encuentra España e Italia, aunque este último dispone de un cierto marco jurídico para prevenir la corrupción. A raíz de estos acontecimientos, el Consejo de Ministros español aprobaba el pasado 4 de marzo de 2022 un Anteproyecto de Ley regulador de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, con objeto de trasponer la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

²⁰ En el ámbito europeo la inquietud por la responsabilidad de la persona jurídica no era nueva. El fallido intento de armonización del Derecho penal y de la política criminal, mediante el denominado *Corpus Juris* (1997) lo ponía de manifiesto. Este fue un trabajo encargado por la Comisión Europea a una serie de expertos, en el que se pretendía la elaboración de unos principios rectores en materia de protección penal de los intereses financieros comunitarios. Dicho estudio fue dirigido por DELMAS-MARTY, M., VERVAELE, J.A.E., *La aplicación del Corpus juris en los Estados miembros*, Utrecht, 2000; *Vid. Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo* (COM/2001/0715). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0715> (última vez consultado 11 de abril de 2021). De esta propuesta se han de destacar dos preceptos: *i*) el art. 12 (referente al estatuto penal de los responsables de una organización); y, *ii*) el art. 13 (relativo a la responsabilidad penal de las agrupaciones). El art. 12 establecía: “En el caso de que alguna de las infracciones [...] haya sido cometida, en beneficio de una empresa, por una persona sometida a su autoridad, son igualmente responsables penalmente los directores de la empresa y todo aquel que, de hecho, tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, y que con conocimiento de causa haya permitido la comisión de la infracción. [...] Son igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones [...] que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito. [...]”. Por su parte el art. 13 se aproximaba a la responsabilidad penal de las organizaciones y entidades con personalidad jurídica: “Serán igualmente responsables de las infracciones [...] las agrupaciones que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta de la agrupación, por un órgano, un representante o por cualquier persona que hubiera actuado en nombre de la agrupación o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho. [...]” *Corpus iuris*” *portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne. Proyecto de Rapport Général*, de Mireill Delmas-Marty, presentado a la OLAF (*European Anti-Fraud Office*) en 1999.

²¹ Acerca de los antecedentes históricos del principio *societas delinquere non potest*, *vid.* S. RENZETTI *Il diritto di difesa*, *op. cit.*, pp. 1 -16.

²² Actualmente, el catálogo de delitos para los que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica son: tráfico ilegal de órganos (art. 156 *bis*); trata de seres humanos (art. 177 *bis*); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 *bis*); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 *quinquies*); Estafas (art. 251 *bis*); frustración en la ejecución (arts. 257-258); insolvencias punibles (art. 261 *bis*); daños informáticos (art. 264 *quater*); relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288); blanqueo de capitales (arts. 301-303); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 288 *bis*); contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis*); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis*); urbanización, construcción y edificación no autorizables (art. 319); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328); relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343); contra la salud pública (art. 369 *bis*); falsificación de moneda (art. 386); falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (art. 399 *bis*); cohecho (art. 427); tráfico de influencias (art. 430); malversación (arts. 432-435 *bis*); odio y enaltecimiento (art. 510 *bis*); financiación del terrorismo (arts. 571-580); organización y grupos terroristas (arts. 571, 572 y 580 *bis*); terrorismo (arts. 583-580 *bis*); y, contrabando (Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

²³ Arts. 31 *ter*, *quater* y *quinquies* CP.

en el país italiano. De hecho, de la lectura de ambas regulaciones (la patria y la italiana), son escasas las diferencias encontradas.

A) Art. 31 *bis* CP

15. El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo presenta los motivos de la modificación del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: “[...] lleva[r] a cabo una mejora técnica en la regulación [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”²⁴.

16. La nueva redacción del art. 31 *bis* CP contiene cambios significativos²⁵, sin embargo, nuestro interés se ha de centrar en el sistema previsto para la exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁶.

17. El citado precepto establece una responsabilidad penal por la transferencia de dos grupos de sujetos²⁷: a) los “[...] representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”²⁸; y, b) los que estuvieren sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apdo. a) que hayan “[...] podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad [...]”²⁹.

18. La norma prevé un doble régimen de exención, según se trate de los sujetos de la letra a) o de la letra b) (apdo. 1 art. 31 *bis* CP). Así, para la exención penal de aquellos ilícitos realizados por los autorizados en la toma de decisiones o quienes ostenten las facultades de organización y control [a] se requiere: *i*) que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado modelos de organización y gestión conforme a los requisitos establecidos en el apdo. 5º art. 31 *bis* CP³⁰; *ii*) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; *iii*) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiéndose fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y, *iv*) que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano. En cambio, para los subordinados y sometidos a los autorizados sólo parece ser necesario para la exención: que la persona jurídica haya

²⁴ Apdo. III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

²⁵ Art. 31 *bis* CP.

²⁶ No todas las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito. El art. 31 *quinquies* excluye la aplicación de la responsabilidad penal “al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Se prevé de forma expresa que “las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33”.

²⁷ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (Ref. FIS-C-2016-00001); PALMA HERRERA (2017) p. 29.

²⁸ La Circular 1/2016 FGE, pp. 20 y 21 considera dentro de este grupo a los administradores y directivos.

²⁹ En este grupo la Circular 1/2016 FGE, pp. 20 y 21 incluye a los que denomina “subordinados descontrolados”. El precepto se refiere a los empleados, los cuales han podido cometer el delito porque los administradores o directivos negligentemente han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control, A. MORAL GARCÍA, “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm.0, 2015.

³⁰ *Vid.* apdo. 5º art. 31 *bis* CP.

adoptado y ejecutado eficazmente y, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención de los delitos (apdo. 4 art. 31 *bis* CP).

19. Además, existe una previsión especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones³¹ consistente en que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención (*ex* condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP) pueda ser asumida directamente por el propio órgano de administración³².

20. Del elenco de requisitos previstos, hemos de centrarnos en dos: *i*) los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para la prevención o reducción del riesgo de comisión delictiva (condición 1ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP); y, *ii*) el órgano con funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención (condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP).

B) Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE

21. El apdo. 5.4 de la Circular 1/2016 FGE se destina al “oficial de cumplimiento”. Como anteriormente se ha expuesto, la condición segunda del apdo. 2 art. 31 *bis* CP atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control. Indica la Circular que, con este órgano, “la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad”.

22. Otro de los aspectos de interés que aborda la FGE son las características del órgano de cumplimiento, habilitándose la posibilidad de que sea un órgano interno de la persona jurídica (que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación) y la contratación externa de las distintas actividades que forman la función de cumplimiento normativo.

C) La función de las normas de estandarización UNE e ISO

23. En España, el sector profesional del *Compliance* recurre habitualmente a las orientaciones y directrices dictadas por la Asociación Española de Estandarización (UNE) y la *International Organization for Standardization (ISO)*. Estas organizaciones, de naturaleza privada, han publicado varias “normas” que orientan al sector profesional en su función de *Compliance*. Actualmente, pueden destacarse: por un lado, la *ISO 37001:2016* y la *3701:2020*; y, por otro, la *UNE 19601:2017* (pendiente de revisión).

24. Naturalmente, estos estándares carecen de las notas características de toda norma jurídica, principalmente la obligatoriedad y la coercibilidad, así como de *opinio iuris*, elemento diferenciador de la costumbre³³. Sin embargo, cabría preguntarse si responden al concepto de “usos”, al objeto de servir como elemento integrador del contrato (*ex* arts. 1287 y 1258 CC) y como patrón de medida de la diligencia exigible al *compliance officer* en el cumplimiento de sus obligaciones³⁴.

³¹ Apdo. 3 art. 31 *bis* CP.

³² Aclara la norma: “A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

³³ I. DE CUEVILLAS MATOZZI y J.C. VELASCO PERDIGONES *Fundamentos de Derecho Civil español*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2022, pp. 30 y 56.

³⁴ Para una mayor profundidad *vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

III. El oficial de cumplimiento normativo, Compliance Officer u Organismo de Vigilancia (OdV)

1. Notas sobre su origen

25. El *Compliance* o cumplimiento normativo tuvo origen en Estados Unidos, a comienzos del s. XX, como respuesta contra la mafia, la corrupción y el blanqueo de capitales³⁵. Durante este tiempo se dictaron numerosas normas que iniciaron el impulso de la función de *Compliance* en las empresas americanas³⁶. Sin embargo, este marco normativo pronto comenzó a ser insuficiente. Numerosos casos de corrupción y escándalos financieros dejaban entrever la ineficacia del marco normativo implantado hacia algunas décadas³⁷.

26. El 19 de diciembre de 1977 se publica la *Foreign Corrupt Practices Act* “FCPA” y una serie de guías para su aplicación en los procesos judiciales con el objeto de criminalizar las conductas relacionadas con el soborno³⁸. Con esta norma se pretendía evitar prácticas corruptas, incluyéndose disposiciones antisoborno, requerimientos y prohibiciones. Surge también el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (“COSO”)³⁹ dedicado a proporcionar liderazgo y orientación sobre el control interno de las organizaciones, la gestión de los riesgos empresariales y la disuasión del fraude⁴⁰. Este nuevo marco impuso la necesidad de que las empresas contaran con programas de prevención del ilícito (*Compliance Programs*) y de una estructura organizativa para la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas y los códigos éticos⁴¹.

27. Sin embargo, a pesar de estos cambios, escándalos posteriores como el de Enron⁴² (2001) y la quiebra de *Lehman Brothers* (2008) llevaron al legislador a dictar otra serie de normas⁴³, las cuales reforzaron y consolidaron la función del *Compliance* en el ámbito empresarial⁴⁴. De este contexto surge la implantación de una verdadera cultura ética corporativa, de la que se hace plenamente partícipes a los denominados *Chief Compliance and Ethics Officer*⁴⁵, profesión de crecimiento exponencial en EE. UU⁴⁶ (“*Compliance boom*”⁴⁷).

28. Un hecho importante para el *Compliance* lo constituye un documento adoptado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) denominado *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*⁴⁸. Este tiene por objeto servir de guía u orientar a las empresas para el establecimiento y la efectividad de una cultura ética empresarial, mediante controles in-

³⁵ S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 21.

³⁶ V.gr: La *Pure Food and Drug Act* (1906), la *Federal Reserve Act* (1913), la *Clayton Antitrust Law* (1914), la *Banking Act* (1933) o la *Securities Acts* (1933).

³⁷ V.gr: el escándalo de *Lockheed Corporation* (soborno a altos funcionarios extranjeros), A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, Sepín, Madrid, 2016, p. 23.

³⁸ Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Fecha de consulta: 24/02/2022.

³⁹ Este Comité tiene por objeto la promoción del liderazgo a través de la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude, www.coso.org/.

⁴⁰ A. ALARCÓN GARRIDO, A., *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, op. cit, p. 23.

⁴¹ S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. pp. 21-22.

⁴² W.W. BRATTON, “Enron and the Dark Side of Shareholder Value” *Tulane Law Review*, Georgetown University Law Center, May, 2002, 1-79. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301475>

⁴³ La *Sarbanes-Oxley Act* (2002) tras el escándalo de Enron o la *Dodd-Frank Act* (2010) como consecuencia de la caída de *Lehman Brothers*.

⁴⁴ S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. p. 22.

⁴⁵ E. ESCAYOLA MARANGES, “Código ético”, en AA.VV., RIBAS, X., (Dir.), *Practicum Compliance 2018*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 115.

⁴⁶ Acerca de la evolución y auge de la profesión en EE.UU., vid. J.F. PACHELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, *Washington Law Review*, vol. 95:947, 2020, 949 y ss.

⁴⁷ J.F. PACHELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, op. cit, p. 953.

⁴⁸ *OECD Council* (18 de febrero de 2010). Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>. Fecha de consulta: 24/02/2022.

ternos y programas o medidas de cumplimiento para prevenir el soborno⁴⁹. Sus bases, muy relacionadas con el art. 31 *bis* CP, se asientan sobre dos elementos importantes: *i*) los programas de cumplimiento que contengan medidas apropiadas⁵⁰ para la prevención y detección de las infracciones⁵¹; y, *ii*) la supervisión de dichos programas⁵².

A) Italia

29. La normativa sobre la responsabilidad de la persona jurídica está influenciada en gran medida por la responsabilidad social corporativa, con el propósito de responder, en cierto modo, a la protección del interés público y privado (inversores, prestamistas, consumidores, ahorradores, trabajadores, clientes, proveedores, etc.)⁵³.

30. El OdV se considera uno de los pilares más importantes de la estructura establecida en el D. Lgs. 231/2001⁵⁴. Este coincide con el órgano de cumplimiento, oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* al que nos venimos refiriendo. Sus funciones y características no han sido expuestas por el legislador italiano, limitándose a su previsión abstracta y genérica (al igual que en España): “órgano de la entidad con facultades autónomas de iniciativa y control”.

31. La función principal que se extrae de la letra b) art. 6 D. Lgs. 231/2001 se ciñe a la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión, así como de su actualización⁵⁵. Otros autores las circunscriben al continuo control sobre la observancia del modelo organizativo y el monitoreo permanente⁵⁶. Lo cierto es que el legislador italiano, al igual que el español, sólo se ha limitado a atribuir al OdV una obligación genérica de vigilancia, que engloba tareas de supervisión del funcionamiento, cumplimiento y actualización de los modelos de organización previamente implantados⁵⁷. Estas actividades se pueden agrupar en dos bloques amplios de funciones: por un lado, en la “supervisión, vigilancia y control”; y, por otro, en las de “información y reporte a la organización” [para poder llevar a cabo la actualización].

32. La doctrina italiana que ha tratado la figura del OdV afirma que este no es un órgano de la corporación, sino una oficina o comité con funciones organizativas de la corporación, considerándose uno de los elementos organizativos necesarios para que opere el beneficio de la exención punitiva⁵⁸. A *sensu contrario*, el OdV no es un órgano de control de la gestión de la entidad, ni titular de los deberes

⁴⁹ Introducción. *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

⁵⁰ Las medidas son de contenido similar al apdo. 5 art. 31 *bis* CP: *i*) medidas apropiadas para la observancia de la ética y los programas de cumplimiento; *ii*) procedimientos disciplinarios en todos los niveles de la empresa; *iii*) medidas eficaces para: a) proporcionar orientación y asesoramiento; b) informes internos; c) tomar las medidas adecuadas en respuesta a dichos informes; *iv*) revisiones periódicas de los programas o de las medidas de ética y cumplimiento diseñadas para evaluar y mejorar su eficacia preventiva.

⁵¹ Apdos. 3, 5 y 6 letra A) *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

⁵² Apdo. 4 letra A) *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*.

⁵³ A. BAUDINO, “La responsabilità dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (Rivista 231)*, 2009, p. 76.

⁵⁴ AA.VV., A. De Vivo (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 263.

⁵⁵ A esta conclusión también se llega por parte de la doctrina angloamericana, *vid.* J. C. KRENITSKY, “Defining Chief Compliance Officer Role”, *American University Business Law Review*, Vol. 6:2, 2017, p. 313.

⁵⁶ F. D’ARCANGELO, “Il ruolo e la responsabilità dell’Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti-Rivista 231*, núm. 1, 2009, p. 66.

⁵⁷ A. BAUDINO, “La responsabilità dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 78; A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, N° 2, 2020, p. 20; BERTI, “Profili di responsabilità”, *op. cit.*

⁵⁸ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione, op. cit.*, p. 19.

atribuibles a otras figuras como las previstas para el *Collegio Sindacale*⁵⁹ (una especie de auditores). Tampoco se le otorga a la figura unos poderes propios de la administración u órgano decisor de la corporación, como pudieran ser el poder disciplinario y sancionador derivado del ejercicio de la autoridad o el poder de intervención⁶⁰.

33. Algunos autores italianos han deslindado las genéricas funciones que son propias del OdV, entendiéndose que se está ante un órgano de “control legal”, que tiene como misión conocer las desviaciones de las formalidades y prácticas establecidas en los modelos de organización y gestión (realización de un proceso de evaluación de la actividad, con el consiguiente juicio de conformidad)⁶¹. Estas tareas se concretan en: *i*) la supervisión de la aplicación de los modelos; y, *ii*) tareas de iniciativa, control y actualización de los modelos. Se dejan fuera de su ámbito competencial las funciones operativas que corresponden al órgano ejecutivo de la corporación (*v.gr.* la adopción y/o implementación de los modelos, así como la definición de su contenido). Por tanto, hay que tener presente cuáles son las competencias de la entidad y cuáles del órgano de supervisión para configurar la eventual relación jurídico-contractual. De igual forma, hay que tener presente que va a ser distinta la responsabilidad del órgano de administración respecto a la del propio órgano de *Compliance*⁶².

34. En Italia, a diferencia de España, se introdujo en el art. 6 D. Lgs. 231/2001 un apartado 4-*bis* en el que se establece que⁶³: “en las sociedades de capital el *Collegio Sindacale*, el consejo de supervisión y comité de control de la gestión pueden desempeñar las funciones del OdV al que se refiere la letra b)” (apdo. 1 art. 6). Se habilita de esta forma a una serie de profesionales, con otras funciones propias, para que puedan desempeñar las de *Compliance*. Sin embargo, la atribución de las funciones de *Compliance* a otros órganos con competencias dispares, como puede ser la auditoría de cuentas, podría tener ciertas consecuencias negativas (*v.gr.* conflictos de intereses, puesta en entredicho de la autonomía e independencia, la no obligatoriedad de auditorías en empresas pequeñas, la necesaria “autosupervisión”, difusión de responsabilidades, etc.).

B) España

35. El *Compliance* o cumplimiento normativo cobra especial importancia en España tras la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiéndose como uno de los instrumentos apropiados para combatir la criminalidad económica y corporativa⁶⁴. Sin embargo, fenómenos como el buen gobierno corporativo y la ética empresarial habían sido objeto de preocupación e interés desde hacía algún tiempo⁶⁵.

⁵⁹ C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.* p. 100.

⁶⁰ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.* p. 20.

⁶¹ C. BERTI, “Profili di responsabilità civile dell’organismo di vigilanza”, *op. cit.*

⁶² S. FULCO y M. VENTORUZZO, “Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di Compliance”, *Corporate Compliance*, 2017, p. 348.

⁶³ Adaptación efectuada en el año 2011 (L. 12 de noviembre de 2011).

⁶⁴ J. PÉREZ GIL, “Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal”, en A.J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.M. NEIRA PENA, (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 25-46.

⁶⁵ *V.gr.* la Comisión de Expertos encargada de la elaboración de un Código Ético sobre el funcionamiento de los Consejos de Administración de las Sociedades (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997). Como resultado de esta Comisión Especial se emitió un Informe sobre los Consejos de Administración y se propuso un Código de Buen Gobierno o “Código Olivencia” (este último en alusión a su presidente). Estos instrumentos, en términos generales, ponían de relieve una serie de recomendaciones a las sociedades cotizadas, relativas esencialmente al buen gobierno y ética empresarial. *Vid.* M. OLIVENCIA RUIZ, *Escritos jurídicos*, vol. I, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 351 y 366; M. OLIVENCIA RUIZ, *Escritos jurídicos*, vol. II, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 255-423.

36. En muchos sectores estratégicos de carácter regulado, mediante normas extrapenales, se contenían medidas de supervisión, vigilancia o control de determinadas organizaciones⁶⁶ (v.gr. en el asegurador, financiero, blanqueo de capitales o empresas de los servicios de inversión⁶⁷). Pero, realmente, el impulso de la figura del *compliance officer*, como experto o profesional del cumplimiento normativo, se ha de situar en torno a la entrada en vigor de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

37. El *compliance officer* hay que diferenciarlo del término genérico *Compliance* o *Corporate Compliance*. La acepción *Compliance*, en términos generales, ha de entenderse como conjunto de normas internas y procesos sistematizados idóneos y eficaces para la prevención de determinados riesgos⁶⁸ en una organización⁶⁹, es decir, el cumplimiento de una serie de normas por parte de un determinado sujeto. En cambio, para abordar un concepto de oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, la cuestión se complica, ya que en el ordenamiento español no existe una definición clara y exacta, sino que hay que extraerla a partir de la interpretación del art. 31 *bis* CP y de las directrices de la FGE.

38. El ordenamiento penal se limita exclusivamente a señalar que el modelo de organización y gestión que, en su caso, permitirá la exención o atenuación de responsabilidad penal a la persona jurídica, ha de haberse confiado su supervisión a un “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos” o aquel que “tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos”⁷⁰. De estos imprecisos términos se determina la necesaria existencia de un órgano autónomo con la función de supervisión de los modelos de prevención.

39. La Circular 1/2016 FGE concluye que el referido órgano de supervisión es un órgano interno o externo de cumplimiento, también denominado oficial de cumplimiento o *compliance officer*⁷¹. Ni la norma penal ni las directrices de la Fiscalía determinan la naturaleza y régimen del órgano autónomo de supervisión, órgano u oficial de cumplimiento o *compliance officer*, términos que parecen ser sinónimos. También, del literal de la norma (“con poderes autónomos”) y de las orientaciones de la FGE (“sea lo más independiente posible”) parece quedar claro que se está ante una figura que ha disponer de autonomía e independencia.

40. Algunos autores, de forma un poco abstracta, definen al *compliance officer* como responsable del cumplimiento, “guardián de la buena ciudadanía corporativa de una organización”⁷². Otros lo identifican con el encargo que ha recibido y las funciones que ha de desempeñar: aquella persona [u ór-

⁶⁶ AA.VV., J.I. VEGA LABELLA, y A. MELÓN MUÑOZ, (Direc.), *Colección Sectores Regulados*, Lefebvre, Madrid, 2012, p. 9.

⁶⁷ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008); Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004); Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE núm. 81, de 31 de abril de 2014); Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

⁶⁸ El riesgo de que una corporación sufra sanciones, multas, pérdidas financieras o reputación como resultado del incumplimiento de las normas o códigos de conducta, S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, op. cit. p. 24.

⁶⁹ La *World Compliance Association (WCA)* lo define como “conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”. Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-Compliance.php> Fecha de consulta: 24/02/2022.

⁷⁰ Condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP.

⁷¹ Circular 1/2016 FGE, p. 24.

⁷² J. PUYOL MONTERO, “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”, en AA.VV. SAIZ PEÑA, C., (Coord), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 92.

gano colegiado o Comité)⁷³] independiente a la cual se le ha encargado, por parte de la persona jurídica, a través de los administradores y directivos, la implantación de un sistema preventivo que asegure un entorno robusto que imposibilite la comisión delictiva y situaciones de riesgo⁷⁴, es decir, la encomienda de la elaboración de los “modelos de organización, prevención y gestión de los riesgos”⁷⁵. Sin embargo, esta última acepción carece de uno de los bloques de funciones esenciales del citado órgano: la supervisión, vigilancia y control de los modelos preventivos previamente implantados⁷⁶ (*ex* condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP).

41. Por otro lado, desde el sector y buena parte de la literatura, se considera al *compliance officer* un profesional⁷⁷, que con conocimientos jurídicos o de empresa y experiencia⁷⁸, inspecciona, pilota y comanda un modelo de prevención penal, el cual también puede construir de cero⁷⁹. La Circular 1/2016 FGE carece de toda especificación sobre si el profesional ha de poseer unos conocimientos concretos, por ejemplo, jurídicos. Sin embargo, en figuras análogas y de estructura similar (el delegado de protección de datos⁸⁰) se ha previsto expresamente que sea la disciplina jurídica la base de los conocimientos del profesional, así como la práctica en la materia⁸¹. Por la naturaleza del *Compliance*, es de especial relevancia que aquellos que se dediquen profesionalmente a este sector, dispongan de unos mínimos conocimientos jurídicos, pues, en términos generales, su actuación pivotará sobre el cumplimiento de normas jurídicas y otras derivadas de la autorregulación.

42. En definitiva, a partir de las notas anteriores, puede decirse que el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* es un profesional autónomo e independiente, ya desempeñe sus funciones de forma colegiada o individual, interno o externo de la persona jurídica, que mediante la aplicación de sus conocimientos y experiencia desarrolla dos funciones principales: *i*) la supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión (o *Compliance programs*); *y*, en su caso, *ii*) el diseño, elaboración y/o colaboración en su implantación.

⁷³ AA.VV., A. JUANES PECES, (Dir.) *Compliance Penal*, Lefebvre, Madrid, 2017, 73. *Vid.* V. MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 262; A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, *op. cit.*, p. 85; M.A. VILLACORTA HERNÁNDEZ, “La necesidad de establecer un programa de Compliance”, *Revista Práctica de Derecho*, núm. 191, diciembre 2016, pp. 24-25.

⁷⁴ S. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del Compliance Officer*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁵ V. MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance)*, *op. cit.* p. 262.

⁷⁶ *Vid.* AA.VV., V. MAGRO SERVET, (Coord.), *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, Lefebvre, 2020, 239 y ss.; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: “una aproximación tópica””, en L. ARROYO ZAPATERO, y A. NIETO MARTÍN, (Dir.), *El derecho penal en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 174-175; F. RAMOS BARSELÓ, “Funciones del Compliance Officer empresarial”, en AA.VV., I. GIMÉNEZ ZURIAGA, (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 150-151; B. DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en AA.VV., L. MORILLAS CUEVA, (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 121-122.

⁷⁷ *Vid.* *Estatuto del Compliance Officer*, Asociación de Profesionales de Cumplimiento (CUMPLEN), 2017; A. ALARCÓN GARRIDO, *Manual teórico-práctico del Compliance officer*, *op. cit.*, pp. 31-35; J. PUYOL MONTERO, “El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer””, *op. cit.*, pp. 9-13; F. RAMOS BARSELÓ, “Funciones del Compliance Officer empresarial”, en AA.VV., I. GIMÉNEZ ZURIAGA, (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*, *op. cit.*, p. 151. *Cfr.* C.A. SAIZ PEÑA, “Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance”, en AA.VV., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 33-54; E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “Los Compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, *Revista General de Derecho Penal*, 2015, p. 3.

⁷⁸ J. PUYOL MONTERO, “El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer””, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁷⁹ AA.VV., V. MAGRO SERVET, (Coord.), *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, *op. cit.*, pp. 267, 268 y 272.

⁸⁰ Sobre una eventual analogía de este perfil, *vid.* los siguientes trabajos: J.C. VELASCO PERDIGONES, “Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual”, *Actualidad civil*, 1, 2021; J.C. VELASCO PERDIGONES, “El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021.

⁸¹ El art. 37.5 RGPD dispone expresamente: “El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos [...]”.

4. Delimitación de algunas notas comunes

A) Ausencia de regulación

43. La carencia de un cuerpo normativo, que regule el perfil profesional del órgano de cumplimiento (como ocurre en otros sectores⁸²), se ha puesto de relieve por la doctrina española e italiana⁸³. Recuérdese que ambas normas sólo reconocen la necesaria existencia de un órgano supervisor con poderes autónomos de iniciativa y control. Esto complica la delimitación de las funciones del citado órgano y las consecuencias jurídico-privadas que puede implicar por su contenido en la relación contractual. En el caso de España, las asociaciones de *Compliance* demandan el establecimiento de un marco normativo que dote de seguridad jurídica a sus relaciones⁸⁴.

B) Naturaleza

44. Se ha debatido por la doctrina si el *compliance officer* u OdV constituye un verdadero órgano de la persona jurídica y, si asume una función de garantía y protección de los intereses colectivos o de terceros o, más bien, es un mero cargo de la entidad⁸⁵. El ordenamiento italiano y el español se refieren a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control. Del sentido de ambas normas, se extrae cierta contradicción, ya que, por un lado, debe ser un órgano interno de la corporación, pero, por otro, tiene que tener autonomía e independencia.

45. Las normas se refieren a un ente creado *ad hoc* que supervise y vigile los modelos de organización y gestión previamente implantados en la persona jurídica, ya sea interno o externo. A este respecto, en el caso de España, la Circular 1/2016 FGE aclara que: “[t]ampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica [...] resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización [...]”⁸⁶. En Italia, tampoco parece existir problema alguno en que este órgano sea interno o externo⁸⁷. De hecho, es el contrato de externalización de funciones el que se hace más patente en la práctica⁸⁸. A mayor abundamiento, la doctrina y la jurisprudencia italiana entienden que es preferible la creación de un órgano al efecto, ya que de lo contrario podría suponer la inadecuación del modelo de organización y, conllevar a una eventual condena⁸⁹.

46. El CP y el D. Lgs. 231/2001 carece de toda previsión sobre la dotación al *compliance officer* de poderes de intervención, sanción o disciplina en la organización, con objeto de evitar conductas irre-

⁸² Los auditores de cuentas en España; los *revisori dei conti* o el *collegio sindacale* en Italia.

⁸³ También ocurre lo mismo en otros países con mayor recorrido, *vid.* J.M. PACELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, *op. cit.*, p. 952.

⁸⁴ *V.gr.* (2021): “Los retos actuales del Compliance pasan por la regulación y la digitalización”, *Pharmatech*. Disponible en: <https://www.pharmatech.es/noticias/20211105/retos-actuales-compliance-regulacion-digitalizacion#.Yhnfcd-CFKM>. Fecha de consulta: 25/02/2022; (2019): “Los “Compliance officers” demandan que se regule su actividad”, *Revista haz Fundación*. Disponible en: <https://hazrevista.org/transparencia/buen-gobierno/2019/09/los-compliance-officers-demandan-que-se-regule-su-actividad/>. Fecha de consulta: 25/02/2022; “Expertos coinciden en la necesidad de regulación para el CO”, *ASCOM*. Disponible en: <https://www.asociacioncompliance.com/expertos-coinciden-la-necesidad-una-regulacion-co/>. Fecha de consulta: 25/02/2022.

⁸⁵ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ *Vid.* apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE.

⁸⁷ *Vid.* AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 270; C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.* p. 23 advierte que no existe impedimento alguno para atribuir a un sujeto externo a la entidad la actividad de *Compliance*.

⁸⁸ G. CAVALLARO, “L’esternalizzazione della funzione di Compliance: riparto di responsabilità tra l’intermediario e l’outsourcer (outsourcing the Compliance function: issues of liability of the intermediary and the outsourcer)”, nota a sentenza della Corte di Appello di Catania n. 133 del 22 gennaio 2019, *Rivista Trimestrale di Diritto dell’economia*, N° 1, 2020, pp. 9-24.

⁸⁹ *Tribunal di Torino, 15 aprile 2011; Tribunal di Milano 20 settembre 2004; Tribunal di Roma, 4 aprile 2003.*

gulares o ilegales, ya que presupondría en ejercicio de la autoridad y el dominio de la conducta dentro y fuera de la corporación, áreas competenciales reservadas a ésta última⁹⁰. Así, el *compliance officer* no es un garante de la observancia de las normas, es decir, no tiene la obligación de impedir la comisión de un delito, puesto que carece de funciones operativas y de poderes de intervención⁹¹.

C) Composición

47. En cuanto a la composición del órgano de supervisión y vigilancia, existen principalmente dos posturas: puede constituirse mediante un órgano colegiado [plurisubjetivo (comité)] o a través de uno personal (monosubjetivo)⁹². Esto dependerá de diversas variables, tales como: la dimensión de la persona jurídica, la complejidad de la estructura o la necesidad de conocimientos de diferentes materias (finanzas, auditorías, legislación, economía, etc.). El problema de la constitución de un órgano colegiado se ciñe, en materia de responsabilidad civil, en determinar o individualizar al sujeto causante de un eventual daño⁹³.

D) Nombramiento

48. El nombramiento del oficial de cumplimiento normativo tampoco está regulado en el ordenamiento italiano ni en el español, dejándose plena libertad a las partes para instituir la figura como mejor convenga en su organización. El nombramiento es competencia exclusiva de cada organización, que habrá de formularse conforme al ordenamiento regulador de cada una de éstas. Es decir, han de ser los órganos internos de cada persona jurídica los que, no sólo adopten el modelo de organización y gestión, sino que, además, encomienden y nombren al órgano de supervisión, vigilancia y control⁹⁴. Este mandato parece derivarse del art. 6.1 a) D. Lgs. 231/2001, pues asigna la tarea de adopción e implementación efectiva del modelo de organización y gestión al órgano ejecutivo de cada entidad, al igual ocurre con lo dispuesto con la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP español.

E) Cualificación, independencia y protección

49. La literatura italiana pone de relieve, principalmente, los caracteres de profesionalidad, honorabilidad, independencia, autonomía y el pago de honorarios⁹⁵. Por su parte, en España, la doctrina destaca como características propias del oficial de cumplimiento normativo: la libertad técnica, la relación de confianza, su función social, la deontología, la onerosidad, la independencia y la cualificación profesional⁹⁶.

50. La cualificación profesional y la autonomía son características esenciales que han de concurrir en el profesional del cumplimiento, ya que, de lo contrario, se podrá poner en entredicho la verdadera eficacia del sistema de prevención. La autonomía se prevé expresamente en la norma italiana y española (“poderes autónomos”). Un oficial de cumplimiento, sin autonomía en el desarrollo de sus funciones, podrá comprometer el buen funcionamiento del sistema de *Compliance*. Igual sucede con la ausencia de los conocimientos especializados en materia de cumplimiento normativo. El *compliance officer* es un experto o perito que ha de tener conocimientos y experiencia en diferentes disciplinas (De-

⁹⁰ A. BAUDINO, “La responsabilità dei componente dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁹¹ F. D’ARCANGELO, “Il ruolo e la responsabilità dell’Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio”, *op. cit.*, p. 67.

⁹² AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 270; C. BERTI, *Responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, p. 15; N. ABRIANI e F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 212.

⁹³ Cuestión, cuyo tratamiento puede verse en J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

⁹⁴ AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, *op. cit.*, p. 281.

⁹⁵ N. ABRIANI e F. GIUNTA, “L’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, pp. 204, 207-211.

⁹⁶ *Vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

recho, Economía, auditoría, seguridad y salud, protección de datos, finanzas, fiscalidad, etc.⁹⁷) para que la estructura implantada en la organización sea eficaz y cumpla su cometido.

51. La protección del profesional de *Compliance* es una cuestión demandada por el sector y la doctrina, puesto que, la posición en que este se encuentra respecto a la persona jurídica y, el poder de iniciativa y control que posee, hace que puedan derivarse de la organización acciones arbitrarias e interesadas (v.gr: el interés en su destitución o el despido)⁹⁸. Sería importante reforzar la figura frente a injerencias del órgano de administración, presiones y ceses interesadas. Ante la ausencia de un estatuto profesional, será el contrato el medio que refuerce la posición del profesional respecto a la corporación, al menos hasta que exista un marco jurídico seguro que englobe la protección, la independencia y la forma de dirimir los conflictos de intereses.

IV. La denominada relación de “Compliance”

1. Hacia un concepto de “contrato de Compliance”. Integración conforme al ordenamiento español

52. La realidad jurídica (penal y, en el caso de Italia, administrativa) ha contribuido a la génesis de una particular relación económica y patrimonial: la que surge entre los que pretenden satisfacer los requerimientos que impone la normativa de la responsabilidad de la persona jurídica (el establecimiento de una cultura ética y del cumplimiento) y aquellos que ofrecen los servicios cualificados de *Compliance*. El contrato se convierte, así, en el instrumento regulador de los intereses de las partes y en el medio para la consecución de sus fines o, mejor dicho, en el molde jurídico capaz de recoger el contenido económico de la relación patrimonial⁹⁹. Cabe destacar, en este sentido, su consideración como el instrumento más idóneo para la satisfacción económica de los contratantes, debido a su arraigo social y la continua búsqueda del bien común¹⁰⁰.

53. El *compliance officer* y la persona jurídica, mediante el acuerdo de voluntades pretenderán quedar vinculados respecto de una o varias conductas¹⁰¹, creándose, modificándose o extinguiéndose derechos patrimoniales¹⁰² al alcance de la autonomía de la voluntad¹⁰³. A partir de esa convergencia de consentimientos se dará origen a una recíproca relación obligacional que tendrá por objeto el cumplimiento de una o varias prestaciones de dar, hacer o no hacer¹⁰⁴. Así, es el pacto el único medio para regular la relación entre el oficial de cumplimiento normativo y la persona jurídica, cuyo interés se concreta en el hipotético intercambio de bienes o la prestación de servicio de carácter técnico o intelectual¹⁰⁵.

54. El problema estriba en delimitar la naturaleza¹⁰⁶ de la relación que nace de ese eventual acuerdo de voluntades, cuestión que se complica por la ausencia de una reglamentación típica contrac-

⁹⁷ AA.VV., A. DE VIVO (Ed.), *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*, op. cit., p. 277.

⁹⁸ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, op. cit., p. 18. Puesto de manifiesto igualmente en el panorama angloamericano, vid. J.M. PACELLA, “The regulation of Lawyers in Compliance”, op. cit., p. 37.

⁹⁹ D. ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho Civil español*, vol. III, RDP, Madrid, 1961, pp. 391-398.

¹⁰⁰ F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, IV. Contratos, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1976, p. 330.

¹⁰¹ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 2-6 y 31.

¹⁰² J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 22.

¹⁰³ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato*, vol. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, 76; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 9-10; F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, op. cit., p. 329.

¹⁰⁴ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral. Tomo III*, Reus, Madrid, 1974, pp. 406-408; A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 55.

¹⁰⁵ J. ATAZ LÓPEZ, “Título II. De los contratos”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII*, RDP, EDERSA, Madrid, 1993, p. 17.

¹⁰⁶ Acerca de la naturaleza contractual, vid. J.C. VELASCO PERDIGONES, *La responsabilidad civil del compliance officer*, op. cit.

tual de *Compliance*¹⁰⁷ o, quizás, la falta de una norma especial que remita a alguno de los regímenes previstos por el ordenamiento. Esto permite una amplia libertad en la configuración del contrato y de los pactos, cláusulas y condiciones que integran su contenido, sin más limitaciones que lo establecido en los arts. 1255, 1261, 1271, 1272 y 1273 CC¹⁰⁸, esto es, en términos generales: *i*) que los pactos no sean contrarios a “la ley, la moral y el orden público”; *ii*) que no tengan por objeto “las cosas y servicios imposibles”; *iii*) que se respeten los requisitos de validez contractual configurados por el “consentimiento, objeto y causa”; y, por último, *iv*) que el objeto del contrato [dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CC)¹⁰⁹] sea lícito, determinado o determinable y posible.

55. Las partes de la relación jurídica de *Compliance* podrán satisfacer sus intereses y alcanzar sus legítimos fines de la forma que mejor les convenga. La libertad contractual habilita que los sujetos perfeccionen su voluntad, aunque no se corresponda con los tipos contractuales predeterminados legalmente¹¹⁰. Así, las variables posibles son: que acudan a alguna de las modalidades contractuales preestablecida en la ley, la construcción de la relación sin acudir a ninguna reglamentación normativa o, la combinación de diferentes tipos y causas negociales¹¹¹.

56. La inexistencia de una definición legal del contrato de *Compliance* y su carencia de regulación típica motiva la necesidad de abordar un concepto que delimite, en el mayor grado posible, la naturaleza del fenómeno de *Compliance*.

57. En términos generales, puede entenderse el contrato de *Compliance* como el instrumento regulador de las relaciones entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica, pero esta acepción resulta muy básica y generalista para la complejidad que la relación jurídica y la figura entrañan.

58. A la vista de lo que se entiende por *Compliance*, puede decirse que el contrato de *Compliance* es aquel por el que una de las partes, experta en cumplimiento normativo, se obliga respecto de otra (una persona jurídica), a diseñar, elaborar y/o colaborar en la implantación de los modelos de organización y gestión, y/o a la prestación del servicio de cumplimiento, consistente en la labor de vigilancia y control, supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención previamente implantado, prestaciones por las que, en contrapartida, recibirá un precio.

2. Hipotético y genérico contenido contractual

59. La configuración del contenido de las obligaciones tiene como punto de partida la libertad de las partes [art. 1255 CC (es); art. 1322 CC (it)]. Así, serán los sujetos intervinientes quienes prevean las cláusulas, pactos y condiciones que mejor satisfacen sus concretos intereses. No obstante lo anterior, se podría esbozar un hipotético contenido orientativo a partir del análisis de las funciones de *Compliance*, del ámbito económico y de las disposiciones generales del CC. A este respecto, podrían destacarse tres genéricos bloques de eventuales pactos: *i*) los derivados del fundamento de la función de *Compliance*; *ii*) los que se extraen de la función económica; y, *iii*) los fundados en la relación de confianza y buena fe¹¹².

¹⁰⁷ Según C. LASARTE ÁLVAREZ, *Contratos. Principios de Derecho Civil III, op. cit.*, pp. 8-10 los contratos típicos son los que se encuentran regulados por el Derecho positivo. A sensu contrario, los contratos atípicos, aunque reconocidos por el ordenamiento en relación con el art. 1255 CC, carecen de regulación y de un esquema legalmente definido.

¹⁰⁸ ESPAÑA, Código Civil (25/07/1989).

¹⁰⁹ D. ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho Civil español, op. cit.*, p. 43; Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, op. cit.*, p. 235.

¹¹⁰ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1971, p. 448.

¹¹¹ A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 65-67.

¹¹² J.C. VELASCO PERDIGONES, “La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido”, *RCDI*, N° 784, pp. 1241-1289.

60. De la función de *Compliance*, se vislumbran al menos dos obligaciones principales que pueden ser objeto de independiente contratación: *i)* el diseño y elaboración de los modelos de organización y gestión, así como, en su caso, la asistencia en su implantación; y, *ii)* la actividad de gestión que engloba diversas actividades (*v.gr.* la prevención, supervisión, vigilancia y control; información y reporte a la organización, etc.)¹¹³.

61. En lo relativo a la función económica, todas aquellas estipulaciones con un intrínseco trasfondo económico (*v.gr.* el pago del precio). Y, por último, los pactos que se pueden derivar de la relación de confianza y la buena fe (*v.gr.* el deber de información y colaboración).

V. Sobre la eventual responsabilidad civil del Órgano de Vigilancia o Compliance Officer externo

62. La responsabilidad civil del *compliance officer* es una de las cuestiones más complejas y polémicas¹¹⁴. Hasta el momento, el tratamiento detallado de la cuestión por la doctrina española ha sido escaso¹¹⁵; un mayor estudio se ha realizado por los autores italianos, quizás, por el recorrido temporal en la implantación de la figura en ambos ordenamientos [2001 (Italia)-2010/2015 (España), respectivamente].

63. Como es obvio, la responsabilidad civil existe desde el momento en que nace un daño jurídicamente relevante; y el oficial de cumplimiento, no está exento de ello¹¹⁶. Naturalmente, si de la actuación del *compliance officer* se produce un daño, existirá tal responsabilidad y, por tanto, la obligación de resarcirlo.

64. Italia y España carecen de un régimen especial de responsabilidad civil de la figura profesional que se estudia, por lo que se ha de recurrir a los principios generales reguladores de la responsabilidad contractual¹¹⁷ y extracontractual¹¹⁸. Así, uno de los problemas a considerar es la delimitación de la naturaleza de ambas en una hipotética responsabilidad del oficial de cumplimiento normativo. Algunos autores italianos entienden que el *compliance officer* sólo puede ser sujeto de responsabilidad contractual, excluyéndose la extracontractual frente a terceros, argumentándose que los actos están destinados al órgano de administración y no se realiza ninguna función con respecto a terceros; éstos únicamente podrán invocar la responsabilidad extracontractual contra la corporación y sus directivos¹¹⁹. Según esta teoría, sólo se podría invocar una responsabilidad extracontractual frente a la sociedad, sus administradores y auditores, porque son los únicos que tienen la obligación de proteger los intereses de terceros¹²⁰.

65. Otros postulados amplían la responsabilidad extracontractual a los daños provocados por el oficial de cumplimiento a terceros (sin que exista una previa relación obligacional)¹²¹; cuestión distinta será la acreditación del nexo causal entre la conducta dañosa, el resultado y el sujeto causante. Y es que, el oficial de cumplimiento normativo con un determinado incumplimiento puede provocar directa o indirectamente un daño a tercero (*v.gr.* empleados, clientes, proveedores, etc.). Además, a nuestro parecer,

¹¹³ Para una mayor profundidad sobre las obligaciones concretas que componen la actividad de gestión, *vid.* J.C. VELASCO PERDIGONES, “La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 1264-1274.

¹¹⁴ Así se afirma igualmente por la doctrina anglosajona en S.L. MARTIN, “Compliance officers: more Jobs, more responsibility, more liability”, *Notre Dame Journal of Law, ethics & Public Policy*, Vol. 29, 2015, p. 189.

¹¹⁵ El estudio de esta responsabilidad, en integración con el ordenamiento y la jurisprudencia española, se aborda detalladamente en J.C. VELASCO PERDIGONES., *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

¹¹⁶ E. LLAMAS POMBO, *Manual de Derecho Civil. Volumen VII. Derecho de daños*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 27 y 101.

¹¹⁷ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁸ C. BERTI, *Responsabilità amministrativa op. cit.* p. 100.

¹¹⁹ A. BAUDINO, “La responsabilità civile dei componenti dell’Organismo di Vigilanza”, *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, *op. cit.*, p. 329.

¹²⁰ A. BAUDINO, “La responsabilità dei componente dell’Organismo di Vigilanza”, *op. cit.*, p. 79.

¹²¹ C. BERTI, *Responsabilità amministrativa, op. cit.*, p. 100.

el oficial de cumplimiento sí tiene, implícitamente, cierta obligación de protección de los intereses de terceros que se relacionan con la organización, ya que cumple con una clara función social¹²². Son numerosos los intereses públicos y privados que se protegen con el *Compliance* y el establecimiento de una verdadera cultura ética corporativa (consumidores, empleados, clientes, proveedores, ahorradores, etc.).

66. Para diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, se ha de partir del origen de cada una de ellas. La primera nace o emana de la órbita del contrato y la segunda es independiente de cualquier relación jurídica preexistente entre víctima y causante. En una relación contractual de *Compliance* hay que tener en cuenta que se obliga al *compliance officer* a cumplir de forma diligente las obligaciones nacidas del propio contrato (y otras implícitas), por lo que se le impone un determinado deber de diligencia en la ejecución de esas obligaciones contractuales y de otras no previstas expresamente que derivan de la buena fe o los usos. El único parámetro sobre el que medir el incumplimiento de la relación preexistente ha de ser el deber de diligencia exigible a un sujeto experto en materia de cumplimiento. El problema radica en determinar el canon de diligencia exigible al *compliance officer* en el desarrollo de sus funciones, teniendo en cuenta que no existe previsión jurídica alguna sobre la profesión. Podría plantearse si las normas de estandarización UNE e ISO podrían servir de patrón de medida de la diligencia exigible, al menos a título orientativo, así como la naturaleza de la obligación, las circunstancias de persona, tiempo y lugar [*ex art. 1104 CC (es)*].

67. Al igual que ocurre con la responsabilidad médica, en una relación de *Compliance* puede concurrir conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual, basándose en el principio “*ne-minem laedere*” (no debe causarse daño a nadie, ya sea contractual como extracontractual). Así, nada excluye la aplicación de dicho principio al daño contractual y, por tanto, existe el deber de cumplir el contrato sin causar daño a nadie. El alto tribunal en un supuesto de responsabilidad civil de un abogado, advierte que “la responsabilidad extracontractual queda reservada a aquellos supuestos en que la conducta caiga fuera de la órbita contractual, por intervenir no en virtud de un contrato oneroso [...]”¹²³.

68. El Tribunal Supremo español ha acuñado los requisitos de dicha responsabilidad, consistentes en: *i)* la preexistencia de una relación obligatoria; *ii)* el incumplimiento de la anterior; *iii)* intervención de culpa o negligencia del causante y no existir caso fortuito o fuerza mayor; *iv)* la realidad de los perjuicios (daño); y, *v)* la determinación de un nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos¹²⁴.

69. Para algunos supuestos entre el régimen contractual o extracontractual, para dar solución al encuadramiento en alguna de estos dos tipos de responsabilidad, habrá que estar a la naturaleza de la relación. Sin embargo, para aquellos casos dudosos entre la responsabilidad contractual y extracontractual (como podrían ser, en determinadas situaciones, el daño postcontractual o el precontractual), el Tribunal Supremo acuña la denominada doctrina de la unidad de culpa civil o yuxtaposición de responsabilidades¹²⁵.

70. Algún tribunal italiano ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la responsabilidad civil del oficial de cumplimiento externo por un ejercicio incorrecto de la función de cumplimiento.

¹²² *Id.* J.C. VELASCO PERDIGONES., *La responsabilidad civil del compliance officer*, *op. cit.*

¹²³ STS (1ª) de 16 de diciembre de 1996.

¹²⁴ STS (1ª) de 3 de julio de 2001.

¹²⁵ La jurisprudencia española, con la denominada doctrina de la unidad de culpa civil, admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio *iura novit curia* no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa. En el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y, los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente (SSTS (1ª) de 7 de octubre de 2010; de 13 de marzo de 2008; de 12 de junio de 2007; de 22 de octubre de 2007; de 29 de noviembre de 2005; de 23 de diciembre de 2004).

La sentencia de la *Corte di Appello di Catania* (n. 133 del 22 gennaio 2019) analiza el alcance de la responsabilidad de un *compliance officer* externo contratado por *Banca Alfa*. En el caso concreto, la responsabilidad inherente a la función de control era dual, es decir, se atribuyó la función de *Compliance* a un órgano interno y a otro externo. La causa del contrato de externalización se cionó al fortalecimiento y complemento de la supervisión interna, calificándose la actividad del oficial externo como apoyo a la función de *Compliance*. El tribunal decidió que el banco no puede delegar sus propias responsabilidades ni la de los órganos internos en relación con la responsabilidad relacionada con la función externalizada, imputándose a la entidad la adecuación del sistema de control interno. Esto fue así porque en el contrato se incluyó una cláusula que rezaba que la externalización no eliminaba las facultades de gestión de los órganos del banco y, mucho menos, las responsabilidades conexas¹²⁶. Esto denota que el contenido contractual puede determinar el alcance de la responsabilidad civil y, quizás, la ausencia de unas mínimas previsiones habría comportado la eventual condena del órgano de *Compliance* externo.

VI. Reflexiones finales

71. El nuevo panorama jurídico (D. Lgs. 231/2001 y art. 31 *bis* CP) implantado en Italia y España, relativo a la responsabilidad (administrativa y penal) de la persona jurídica, ha supuesto la génesis de un nuevo perfil profesional carente de regulación especial: el oficial de cumplimiento normativo, Organismo de Vigilancia (OdV) o *compliance officer*. Esta regulación *ex novo* se efectuó primero en Italia y años más tarde en España. El legislador hispano utilizó las bases sentadas en el ordenamiento italiano, proponiéndose una redacción muy similar.

72. El órgano autónomo, con funciones de supervisión del funcionamiento y observancia de los modelos de organización y gestión, al que hace alusión la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP y la letra b) apdo. 1 art. 6 D. Lgs. 231/2001, se identifica con la figura del oficial de cumplimiento normativo, OdV o *compliance officer*, cuyo desarrollo se encuentra más avanzado en los países de corte angloamericana.

73. Como consecuencia de la práctica de una nueva actividad profesional, consistente en las funciones de *Compliance*, ha nacido una novedosa relación jurídica entre los que demandan los servicios de cumplimiento y quienes, de forma experta, los ofrecen. El ordenamiento jurídico-privado debe afrontar esta realidad con las normas vigentes, muchas de ellas (en el caso de España) con preceptos decimonónicos.

74. Del estudio del ordenamiento italiano y del español, se han extraído algunas notas comunes de interés, en relación al órgano de supervisión, vigilancia y control: *i*) ausencia de regulación de la figura profesional; *ii*) naturaleza diversa (órgano interno, externo, colegiado o unipersonal); y, *iii*) necesidad de cualificación y profesionalidad, independencia y protección frente a abusos e injerencias.

75. De la integración de la figura profesional con el ordenamiento jurídico-privado español, se puede decir que la relación jurídica entre un *compliance officer* y la persona jurídica tiene la siguiente estructura: una de las partes, profesional del cumplimiento normativo, se obliga, respecto de otra (una persona jurídica principalmente), a diseñar, elaborar y/o asistir en la implantación de los modelos de organización y gestión; y/o prestar los servicios de cumplimiento (supervisión, vigilancia y control) a cambio de un precio.

76. La responsabilidad civil del OdV o *compliance officer* externo es una realidad de cierta complejidad por la inexistencia de una regulación específica y, por la posición que ostenta el profesional respecto al resto de sujetos intervinientes en todo el proceso de *Compliance*.

¹²⁶ G. CAVALLARO, “L’esternalizzazione della funzione di Compliance: riparto di responsabilità tra l’intermediario”, *op. cit.*, pp. 9-20.

77. En la doctrina italiana no es pacífica la delimitación de la naturaleza de la responsabilidad civil. Aunque principalmente ésta sea de carácter contractual, hay algunos autores que excluyen la responsabilidad extracontractual. Otros, sin embargo, entienden que puede también comprenderla para aquellos daños ajenos a la relación obligacional, solución ésta última más acertada.

78. Otro de los problemas que subyacen en materia de responsabilidad civil es el canon de diligencia exigible, que pueda servir de criterio de medición de la conducta del profesional. Esta habrá que deducirla de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, así como del contrato, atendándose, además, a la naturaleza de la obligación y a los elementos intervinientes como la persona, el tiempo y el lugar. Orientativamente, podrían utilizarse los estándares elaborados por la UNE y la ISO, pero esto no quedaría exento de discusión.

79. La doctrina española e italiana demandan el desarrollo de un cuerpo normativo básico de la figura del *compliance officer*, una mínima reglamentación que aborde cuestiones tan esenciales como la autonomía e independencia, la cualificación, sus funciones, los patrones de diligencia exigibles, la distribución de competencias y responsabilidades, el contenido mínimo de la relación contractual, el aseguramiento de la responsabilidad, etc. La realidad del *Compliance* y los problemas que suscita su relación van más allá de las fronteras italianas y españolas, considerándose una cuestión de interés supranacional que, quizás, algún día haya que armonizar desde el prisma *iusprivatista*.

Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja

Spanish courts and Private international law: A problematic relationship

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

Orcid ID: 0000-0001-6129-1161

Recibido: 17.05.2022 / Aceptado: 10.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7209

Resumen: El Derecho internacional privado es una rama del ordenamiento jurídico que cada día tiene mayor impacto en la práctica. Las fuentes de esta disciplina son múltiples: convenios internacionales –multilaterales y bilaterales–, reglamentos de la Unión Europea y leyes internas de cada Estado. El proceso de aplicación de estas normas, con unas técnicas y métodos propios, se ha vuelto cada día más complejo. Con este panorama, los tribunales españoles siguen cometiendo errores básicos que pudieran entenderse en una época de poco tráfico jurídico internacional, pero no hoy en día. El presente artículo contiene una crítica a la labor de los tribunales españoles en la aplicación de las normas que regulan los diversos sectores del Derecho internacional privado: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones.

Palabras clave: Derecho internacional privado, tribunales españoles, Ley aplicable, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución.

Abstract: Private international law is a branch of the legal system that has a greater impact in practice every day. The sources of this discipline are various: international conventions -multilateral and bilateral-, regulations of the European Union and internal laws of each State. The process of applying these rules, with its own methods and techniques, has become more complex every day. With this scenario, the Spanish courts continue making basic errors that could be understood in times when international legal traffic was not very common, but not nowadays. This article contains a criticism of the work of the Spanish courts in the application of the rules that regulate the various fields of private international law: international jurisdiction, applicable law, and recognition and execution of decisions.

Keywords: Private international Law, Spanish courts, applicable Law, international jurisdiction, recognition and enforcement.

Sumario: I. Los jueces ante la complejidad actual de los litigios internacionales. II. Errores en materia de competencia judicial internacional. 1. Los divorcios internacionales: competencia judicial internacional. 2. El juego de los acuerdos de sumisión. 3. Los efectos de la declinatoria internacional. 4. El indebido uso de las normas sobre Ley aplicable para determinar competencia. 5. Otros errores

* 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.

en materia de competencia. III. Errores en el sector de Ley aplicable. 1. A vueltas con los divorcios internacionales. 2. Los accidentes de circulación y el Convenio de La Haya de 1971. 3. Otros errores en materia de Ley aplicable. IV. Errores en el campo del reconocimiento y ejecución de decisiones. V. Errores sobre las consecuencias ante la falta de prueba del Derecho extranjero. VI. Conclusiones.

I. Los jueces ante la complejidad actual de los litigios internacionales

1. No cabe duda de que el Derecho internacional privado es una rama del Derecho, compleja, llena de ciertas reglas y métodos que pueden considerarse extraños y con un lenguaje propio a veces difícil de interpretar para el lego en la materia. Se dice que ello ha alejado al Derecho internacional privado de la práctica real de los tribunales y de los operadores jurídicos. Sin embargo, algunos autores, como A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, mantienen que el Derecho internacional privado ha sido víctima de una complicación artificial producto de las especulaciones de los expertos legales en este sector del ordenamiento jurídico, si bien no dudan en afirmar que constituye una de las ramas más debatidas del Derecho y, objetivamente, un sector del ordenamiento ciertamente complejo¹.

2. Para los citados autores la dificultad actual del Derecho internacional privado viene dada por varias razones: En primer lugar, por la dificultad de los métodos normativos y regulativos -en particular el método conflictual-, ciertamente peculiares, así como por la utilización de conceptos particulares por completo ajenos a otras ramas del Derecho. En segundo término, por su complejidad valorativa, pugnando, por un lado, entre quienes defienden su naturaleza privada y, por lo tanto, debe traslucir los mismos valores que el Derecho civil o mercantil de cada Estado, y, por otro, entre quienes mantienen que ha de primar el contexto internacional y deben prevalecer valores propios como la continuidad y armonía de soluciones jurídicas en el espacio. En tercer lugar, por su posición controvertida en el sistema jurídico, pivotando tradicionalmente entre el Derecho internacional público y el Derecho nacional propio de cada Estado; ello ha dado lugar a que se hayan proyectado sobre el Derecho internacional privado conceptos, objetivos, métodos, técnicas normativas y fuentes propias del Derecho internacional público, habiéndose presentado históricamente aquél como un mero apéndice de éste. Finalmente, por tratarse de un Derecho objeto de discusión continua por la doctrina, en particular en lo que se refiere a la naturaleza de sus fuentes: en una primera etapa se consideró un Derecho internacional, posteriormente un Derecho nacional y, en nuestros días, predomina cada vez más en su regulación el Derecho de la Unión Europea².

3. Entroncando con esto último, actualmente nuestro sistema de Derecho internacional privado es ciertamente complejo desde el punto de vista de las fuentes, pues se halla configurado por una pluralidad de normas de distinta naturaleza (directas o indirectas) cuyo origen puede ser de carácter supraestatal o estatal. Pero qué duda cabe que las normas supraestatales dominan cada día más este sector del ordenamiento: tanto convenios internacionales (multilaterales y bilaterales) emanados desde distintas organizaciones (Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, Consejo de Europa, Organización de Estados Americanos, etc.), como normas de la Unión Europea, fundamentalmente reglamentos, que tiene su marco de desarrollo en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, normas que regulan fundamentalmente tanto cuestiones de ley aplicable como de Derecho procesal civil con elemento extranjero³.

4. Al margen de lo indicado, una característica a destacar de los instrumentos supraestatales en materia de ley aplicable (tanto convenios como reglamentos, cada día más numerosos) es que la mayoría

¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 93.

² *Tratado de Derecho internacional, cit.*, pp. 94-96.

³ Tanto en materia de competencia judicial internacional, como de proceso con elemento extranjero (notificaciones y práctica de pruebas en el extranjero) y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. Respecto a las dificultades que se presentan en la práctica en la aplicación correcta de las fuentes del Derecho internacional privado véase J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Civitas, 2020, pp. 32-42.

de ellos tienen eficacia universal o *erga omnes*. Esto significa, en esencia, que la autoridad -judicial o extrajudicial- del Estado del foro que esté conociendo aplicará el ordenamiento señalado por las reglas del convenio o reglamento, aunque se trate del ordenamiento de un Estado no parte en el mismo, y sin necesidad de que exista reciprocidad. Pero no se debe escapar una consecuencia indirecta de gran trascendencia con relación a estos instrumentos: las normas de conflicto de fuente interna del sistema de Derecho internacional privado del Estado que aplique un convenio o reglamento con eficacia *erga omnes* son desplazadas por las reglas de éstos para aquellos supuestos en que coincidan en su ámbito de aplicación material. Consecuencia de ello es que las fuentes internas cada día tienen menos relevancia para el Derecho internacional privado, cada vez son menos aplicadas.

5. Además, en relación con las fuentes estatales o internas, al margen de tener cada día menos peso, hemos de indicar -siguiendo a A. RODRÍGUEZ BENOT- que nuestro sistema se caracteriza por la existencia de una gran variedad de normas en cuanto a su rango y naturaleza generadas en momentos históricos dispares, que ha dado lugar a una gran dispersión normativa, lo que en ocasiones dificulta la elección de la regla concreta que haya de regir cada situación y provoca disfunciones, o incluso contradicciones, entre normas de dispar naturaleza⁴. De ahí que tenga gran relevancia la exacta determinación de los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial de las normas del sistema, así como las reglas de primacía y coordinación entre ellas, y ello con el fin de no incurrir en errores que pueden implicar consecuencias nefastas⁵.

6. En este contexto de un Derecho internacional privado ciertamente complejo en cuanto a su aplicación, vamos a abordar en el presente estudio cómo nuestros tribunales, en particular las audiencias provinciales, yerran frecuentemente en la aplicación de las normas de Derecho internacional privado. Y no se trata de simples errores que en un momento dado pudieran ser comprensibles, sino que, como comprobaremos, se trata de errores de bulto que dan a entender que no se conoce bien el funcionamiento de nuestro sistema de Derecho internacional privado. Y, además, son fallos que se producen en los tres sectores nucleares de esta disciplina: el de la competencia judicial internacional, el de la ley aplicable y el del reconocimiento y ejecución de decisiones.

7. Hemos de señalar que, como indicamos, no se trata de simples despistes o pequeños lapsus más o menos justificables, veremos que se trata de errores de consideración, graves equivocaciones como, por ejemplo, aplicar una norma estatal cuando existe una norma supraestatal de aplicación preferente (quizás sea uno de los errores más frecuente), o aplicar normas que regulan cuestiones de ley aplicable para determinar a través de ellas competencia judicial internacional (o viceversa), confundiendo criterios de conexión con foros de competencia, o aplicar normas (estatales o supraestatales) que llevan años derogadas o, como último botón de muestra, aplicar cumulativamente normas estatales y supraestatales, sin realizar una debida priorización de fuentes, ello mediante la regulación a través de un inaceptable sistema de *totum revolutum*. Junto a estos supuestos, quizás los más relevante, encontraremos otros puntuales que tampoco dejarán de sorprender al lector.

8. Y en este marco debe tenerse en cuenta que el artículo 12.6 del Código civil, piedra angular de nuestro sistema de Derecho internacional privado, señala que “los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”, habiendo interpretado la más autorizada doctrina que, pese a la dicción del artículo, dicho carácter imperativo de nuestro sistema se extiende a todos los sectores del Derecho internacional privado, en particular al Derecho procesal civil internacional⁶. Es decir, los jueces españoles deben aplicar de oficio, y se entiende que correctamente en atención a la

⁴ A. RODRÍGUEZ BENOT, *Manual de Derecho internacional privado*, 8ª ed., Tecnos, 2021, pp. 38-39.

⁵ En cierto modo ello se podría evitar, o aminorar, mediante la promulgación de una Ley especial de Derecho internacional privado en la línea seguida por países de nuestro entorno como Austria, Suiza, Bélgica o Países Bajos. En nuestro sistema, únicamente la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en parte desempeña un papel algo semejante al que representan en esos otros países sus leyes especiales de Derecho internacional privado.

⁶ A. RODRÍGUEZ BENOT, *Manual de Derecho internacional privado*, cit., p. 40.

regla *iura novit curia*, el sistema español de Derecho internacional privado⁷. Y la eventual complejidad del sistema no debería constituir una excusa para una aplicación correcta del mismo.

9. En el presente trabajo hemos recogido un período de diez años, analizando unas cuarenta resoluciones judiciales -auténticas perlas jurídicas-, que entendemos lo suficientemente amplio como para obtener una perspectiva real del panorama jurisprudencial al respecto; y aunque no están todas las resoluciones que son, sí son todas las que están. El objeto que se pretende con esta modesta aportación es triple: por un lado, poner en evidencia la lastimosa situación; por otro, ser de utilidad para los operadores jurídicos, en particular jueces, abogados -y estudiantes- y, finalmente, que con la exposición de la situación se puedan corregir las deficiencias que se expondrán en lo que se refiere a la aplicación del sistema. Sin más dilaciones vamos a entrar en la materia de nuestro estudio.

II. Errores en materia de competencia judicial internacional

10. Quizás sea en el sector de la competencia judicial internacional, tradicionalmente conocido como el del “conflicto de jurisdicciones”, donde más fallos, y de mayor calado, encontramos en las sentencias de nuestras audiencias provinciales. En particular, y dada la frecuencia de asuntos en este ámbito, llama la atención los desaciertos que vemos en resoluciones que tratan sobre competencia judicial en relación a los divorcios internacionales. Pero también veremos errores de bulto en materia articulación de pactos de sumisión y de operatividad de la declinatoria internacional, todo ello junto a otros ámbitos de no menor relevancia. Y de lamentable puede considerarse el típico error (por repetitivo) de utilizar normas cuyo fin es designar la ley aplicable para determinar a través de ellas competencia judicial internacional.

1. Los divorcios internacionales: competencia judicial internacional

11. Como hemos indicado, existen multitud de supuestos de errores en resoluciones de las audiencias provinciales que abordan competencia judicial internacional en relación a divorcios transfronterizos. En particular, los fallos principalmente consisten en la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lugar del Reglamento 2201/2003 y, en gran parte, ello debido al desconocimiento del ámbito de aplicación personal de este último. Adentrémonos en la senda de las sorpresas.

12. En el auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 21 de abril de 2011 se declaró la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio en un caso donde los litigantes -de nacionalidad española e italiana- tenían su residencia habitual en Bolonia (Italia) en el momento de la presentación de la demanda⁸. Por ello, para la Audiencia Provincial la competencia no se podía amparar en ninguno de los foros contemplados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no concurriendo tampoco ninguno de los otros supuestos previstos en dicho precepto que permitirían la atribución de tal competencia a los tribunales españoles.

13. Se trató de un supuesto donde sorprende la manifestación final contenida en la resolución al indicarse que, “por otro lado entendemos de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 (...) en cuyo apartado a) establece, como primera regla o fuero competencial que la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, que en este caso sería Bolonia (Italia)” (F.D. 1º, *in fine*). Pues

⁷ Cuestión distinta es la de la prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto correspondiente, donde el principio *iura novit curia* no rige, aunque también veremos que son graves los errores que nuestra jurisprudencia comete en este campo, en particular en lo que se refiere a la aplicación e interpretación del artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*vid.* epígrafe V).

⁸ ECLI:ES:APMU:2011:191A.

bien, encontrándonos ante un claro supuesto de aplicación del Reglamento 2201/2003, tratándose de un divorcio transfronterizo entre un nacional español y una nacional italiana, sin embargo, el referido Reglamento sólo es citado por la Audiencia a modo de cierre para justificar, a mayor abundamiento, la incompetencia de los tribunales españoles, la cual se fundamenta de modo principal atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya aplicación, evidentemente, no venía al caso en el presente supuesto dado el carácter internacional del divorcio y el conocimiento del mismo por parte de una autoridad española, donde se aplica el Reglamento 2201/2003⁹.

14. Por su parte, mediante el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24^a) de 1 de junio de 2011 se declaró que no eran competentes los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio de mutuo acuerdo entre cónyuges de nacionalidad chilena, uno con residencia en Chile y otro con residencia en España, pues ninguno de los criterios del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorgaba competencia a los tribunales españoles¹⁰. Además, se indicaba que no era de aplicación el Reglamento 2201/2003, pues, no se escandalicen, “este tan solo ampara y atrae la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles cuando se trate de Estados miembros, dándose la circunstancia de que no forma parte de la Comunidad Europea Chile, país de origen de los litigantes, en el que uno de ellos reside, como así lo hace la hija común menor de edad a quien afectan las medidas del convenio cuya ratificación se pretende”.

15. Nos parece un grave error lo indicado por la Audiencia en cuanto los foros de atribución de competencia para conocer de demandas de divorcio del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 se basan principalmente en la residencia habitual común de las partes, o bien de alguna de ellas, y no en la nacionalidad de las mismas (salvo el foro de la nacionalidad común de los cónyuges). Por ello, tratándose de una demanda conjunta, y teniendo su residencia habitual en España uno de los cónyuges en el momento de la presentación, parecía evidente la competencia de los tribunales españoles a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, a), punto 3^o del Reglamento 2201/2003. El craso error de la Audiencia en este caso es otro de los *common mistakes* de nuestros tribunales, aunque pudiera parecer más propio de alumnos noveles del Grado en Derecho: no se aplican o dejan de aplicar los instrumentos comunitarios, en este caso el Reglamento 2201/2003, por el hecho de la nacionalidad de las partes implicadas. Al respecto convendría un estudio de los ámbitos de aplicación de los referidos instrumentos; en particular el ámbito de aplicación personal, deducible respecto al Reglamento 2201/2003 de sus artículos 6, 7 y 14: en principio, sus normas de competencia judicial internacional se aplican con carácter general, respecto a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad¹¹.

16. Mediante auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22^a) de 16 de abril de 2012 se declaró la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio internacional¹². En este supuesto la fundamentación jurídica al efecto giró en torno al hecho de que la demandada carecía de residencia habitual en España en el momento de la interposición de la demanda, no dándose por tanto los requisitos exigidos en el Reglamento 2012/2003, ni en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en referencia al foro general del domicilio del demandado en España).

17. Se trata de una criticable resolución en cuanto que, al margen de no indicarse claramente cuáles eran los foros del Reglamento 2201/2003 y, en su caso, su posible aplicación (incluso hay dudas sobre

⁹ Como tendremos ocasión de comprobar en las siguientes páginas, esta desafortunada forma de invocar las fuentes (supraestatales y estatales) a modo de *totum revolutum*, carente de todo rigor técnico alguno, es por desgracia frecuentemente utilizada por las audiencias provinciales a la hora de determinar las normas que regula la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

¹⁰ ECLI:ES:APM:2011:7784A.

¹¹ Y únicamente, si con arreglo a las normas del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, se aplicarían las normas internas de cada Estado en materia de competencia judicial internacional, en nuestro caso las normas del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹² ECLI:ES:APM:2012:6223A.

si en el caso los cónyuges eran ambos de nacionalidad española, lo cual podría dar lugar a la competencia de nuestros tribunales a tenor del foro de la nacionalidad común de los cónyuges, que da cierre al art. 3 del Reglamento), sobre todo, no queda claro en su redacción cuál de los instrumentos invocados sería el aplicable al caso concreto¹³. Efectivamente, se utiliza nuevamente por la Audiencia Provincial la referida técnica del *totum revolutum*, esto es, la invocación conjunta -sin orden jerárquico- de varias disposiciones estatales y supraestatales, en un caso donde, atendiendo a la naturaleza internacional del divorcio objeto de litigio, era evidente la aplicación preferente y única del Reglamento 2021/2002 por encima de la norma interna española contenida en el artículo 22 quáter c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴.

18. Otra equivocación lamentable en este ámbito de los divorcios internacionales la encontramos en el auto de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela (Sección 6ª) de 7 de junio de 2019¹⁵. Se trataba del divorcio de un matrimonio de nacionales chilenos. El marido había presentado una demanda de divorcio en España y la esposa invocó la incompetencia de la jurisdicción española alegando que ya se tramitaba con anterioridad un proceso de divorcio ante el Juzgado de Familia de Rancagua (Chile). Pues bien, la Audiencia vuelve a fundamentar la competencia de los tribunales españoles en el artículo 22 *quater* c) de la Ley orgánica del poder judicial, en concreto, al ser el demandante español y tener su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda. Es un error grave en cuanto que, para determinar la competencia del tribunal español, el tribunal debería haber acudido al Reglamento 2201/2003, al ser la norma comunitaria de aplicación preferente a la norma interna, y concurriendo en el caso los requisitos exigidos para su aplicación. Sin embargo, en el caso referido ni siquiera se hizo mención al referido instrumento.

19. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 13 de junio de 2019¹⁶ vemos un ejemplo de una resolución sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio que resuelve nuevamente a modo de *totum revolutum* y con un resultado digno de ser resaltado por lo incorrecto. Se trataba de un divorcio de un matrimonio marroquí donde el marido presentó demanda ante el Juzgado de Familia de Sevilla, el cual inadmitió la demanda al no darse cumplimiento a un requerimiento previo efectuado en orden a que el actor acreditase el contenido del Derecho aplicable, el marroquí, al tener ambas partes nacionalidad marroquí. Así las cosas, la Audiencia Provincial, entendiéndolo que sí se cumplimentó el referido requerimiento, atribuye competencia al tribunal español “(...) teniendo en cuenta la legislación aplicable tanto a nivel de competencia territorial, como de la ley personal (art. 22 *quater* apartado c de la LOPJ)”, habiendo indicado justo antes al respecto que “(...) la

¹³ La falta de rigor, en general, en muchos profesionales del ámbito jurídico en materia de Derecho internacional privado, se pone de manifiesto en el presente supuesto en la posición defendida por la parte apelante, quien en su recurso mantiene la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio esgrimiendo a tal fin que la demandada tiene y tenía su domicilio en España al tiempo de la interposición de la demanda, y señalando como aplicable “el foro general del artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Esta falta de rigor en los operadores jurídicos se observa también en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) de 23 de junio de 2020 (ECLI: ES:APM:2020:6338), donde la entidad demandada alegaba la incompetencia de la jurisdicción española dado que el contrato de cesión de compraventa suscrito entre la promotora y la mercantil con quien contrata la demandante estaba sujeto a la legislación marroquí, “por lo que en virtud del artículo 10.5 del Código civil serían competentes los juzgados y tribunales de Marruecos”. Creo que en este caso sobran los comentarios (*vid.* punto 4 del presente epígrafe).

¹⁴ Otro claro ejemplo de esta criticable forma de proceder puede verse también en auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 29 de octubre de 2021, en este caso en torno a la competencia en relación a medidas a adoptar sobre un menor habido de un matrimonio celebrado en Rusia (ECLI:ES:APB:2021:10431A). En similar sentido, en relación al divorcio de un matrimonio de dos nacionales rumanos en España, la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 4 de marzo de 2020, aplicando al unísono el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y el artículo 22 quáter c) de la Ley orgánica del poder judicial para determinar la competencia de los tribunales españoles, cuando el instrumento aplicable era únicamente el primero (ECLI: ES:APTO:2020:545). E igual acontece en el auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 9 de marzo de 2021, en relación a la determinación de la competencia de los tribunales españoles para conocer de una reclamación por daños derivada de un accidente de circulación por carretera ocurrido en Marruecos, donde se aplican simultáneamente las normas de competencia del Reglamento 1215/2012 con las del artículo 22 *ter* de la Ley orgánica del poder judicial (ECLI:ES:APMU:2021:344A).

¹⁵ ECLI: ES:APC:2019:606A.

¹⁶ ECLI: ES:APSE:2019:1008A.

separación y divorcio legal se registrarán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado (art. 107.2 del Código civil)". Es decir, por un lado, se trae a colación una norma cuyo fin es determinar la ley aplicable -no la competencia judicial- y, por otro, en lo que ahora nos interesa, se invoca una norma para fundamentar la competencia del tribunal español que no era aplicable al caso, pues procedía claramente haber acudido directamente al Reglamento 2201/2003, al darse los requisitos para su aplicación, y no a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

20. Finalmente, un nuevo error de bulto a la hora de aplicar la norma correcta de competencia judicial internacional en materia de divorcio lo encontramos en el auto de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 22 de diciembre de 2020¹⁷. Se trataba del divorcio de mutuo acuerdo entre un español y una ecuatoriana, donde no estaba muy claro si la residencia del matrimonio se encontraba en España o en Estados Unidos. Pues bien, la Audiencia declaró la incompetencia de los tribunales españoles fundamentándolo en el artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y ello sin ni siquiera hacer referencia alguna al Reglamento 2201/2003, que era el que debía haber aplicado dada su preferencia sobre las normas internas. Sabido es que únicamente en el caso de que con arreglo a las normas del referido Reglamento no se dedujera la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro se deberían aplicar las normas internas de cada Estado miembro en materia de competencia judicial internacional (art. 7.1). Sin embargo, en la resolución comentada no se hace mención alguna al Reglamento 2021/2003 ni, en consecuencia, a si de sus foros no se deducía la competencia de los tribunales de algún Estado miembro, cometiéndose de nuevo el error de acudir directamente a la aplicación del artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, en el caso, declarar la incompetencia de nuestros tribunales.

2. El juego de los acuerdos de sumisión

21. Un segundo grupo de significativos errores cometidos por nuestras audiencias provinciales lo encontramos en relación a la operatividad de los pactos de sumisión en el plano internacional y su incidencia a la hora de determinar correctamente la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

22. Así, en el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) de 25 de marzo de 2011¹⁸, se abordó el supuesto de una reclamación comercial entre una sociedad española y una sociedad alemana, interponiendo demanda la primera ante los tribunales de Valladolid por un presunto incumplimiento contractual. Pues bien, siendo aplicable en esta ocasión *ratione temporis* el Reglamento 44/2001¹⁹, no resultaban competentes los tribunales españoles en cuanto que constaba que existía en las condiciones generales de venta una cláusula 11.4, según la cual, las partes se sometían a los tribunales de la ciudad de Augsburg (Alemania). Tal acuerdo atributivo de competencia constaba por escrito y se recogía en una documentación que constituyó la forma habitual en que se formalizaron documentalmente las relaciones entre las partes en otros cuatro contratos. Por lo tanto, el acuerdo de atribución de competencia a favor del tribunal alemán se ajustaba a los requisitos de forma que para un acuerdo de tal tipo exigía el entonces artículo 23.1 a) y b) del Reglamento 44/2001.

23. Pues bien, en este caso lo que llama la atención es que finalice la Sala en su resolución indicando la claridad de la competencia del tribunal de Augsburg por el hecho de "existir una competencia *exclusiva* en su favor en los términos del Reglamento 44/2001" (F.D. 1ª, *in fine*), pareciendo así confun-

¹⁷ ECLI:ES:APA:2020:448A.

¹⁸ ECLI:ES:APVA:2011:304A.

¹⁹ Reglamento Comunitario (CE) del Consejo 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. 12, de 16 de enero de 2001). En adelante, Reglamento 44/2001.

dir tal competencia con las competencias exclusivas del artículo 22, las auténticamente exclusivas. Y ello se confirma cuando la propia Sala ha indicado un poco antes que, entre las reglas de competencia exclusiva, se encuentra la del artículo 23 del Reglamento, cuando sabido es que técnicamente no se trata de una competencia exclusiva equiparable a una competencia derivada de un foro exclusivo. Y de hecho a través de la sumisión tácita se puede dejar sin efecto un pacto de sumisión *ex* artículo 23, cosa que sin embargo no acontece en relación a los diversos supuestos de competencias exclusivas del artículo 22, los cuales se encuentran en la cúspide de la jerarquía piramidal de foros del Reglamento 44/2001. A mayor abundamiento, ni siquiera consta en la resolución que el pacto de competencia a favor de los tribunales alemanes lo fuese con carácter de exclusividad, razón por la cual no se impediría que, en determinadas circunstancias, se admitiese el conocimiento del asunto por parte de tribunales de otro Estado miembro²⁰.

24. Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13^a) de 31 de marzo de 2011²¹, se trató de un supuesto relativo a una reclamación de la cantidad por parte de una sociedad española contra una sociedad inglesa, a la que la primera reclamaba por los daños que le había causado la segunda por la prestación, de forma negligente e ilícita, del servicio de asesoramiento de inversión de determinados productos financieros, quienes según la demandante no sólo incumplieron su obligación profesional de asesoramiento sino que también incurrieron en determinado conflicto de intereses. La Audiencia, frente al criterio del Juzgado, determinó la competencia de los tribunales españoles para conocer dado que constaba que se había celebrado entre las partes un contrato verbal -al parecer atribuyendo la competencia a los tribunales ingleses- cuya propia naturaleza hacía imposible defender la existencia de un pacto de sumisión a favor de los tribunales ingleses con los requisitos que para su validez exige el artículo 55 de la Ley de enjuiciamiento civil. Y por ello se negó la existencia de tal cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales ingleses, pues para ello se requería un pacto previamente aceptado y expresado con una redacción clara y precisa, lo cual se antoja complicado cuando se acciona en virtud de culpa extracontractual al amparo del artículo 1902 del Código civil, que es por lo que se demandaba al recurrente en apelación.

25. Queremos poner de manifiesto la extrañeza -y perplejidad- que nos causa en el presente supuesto el hecho de que no se realizara referencia alguna en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid al Reglamento 44/2001 -aplicable *ratione temporis*-, y fundamentara toda su argumentación en normas internas contenidas en la Ley de enjuiciamiento civil, cuando nos encontrábamos claramente ante un litigio de carácter transfronterizo enmarcable en el ámbito material, personal, territorial y temporal del Reglamento 44/2001, teniendo el demandado su domicilio en un Estado entonces miembro de la Unión Europea (Reino Unido)²². Es más, finalmente se apreció por la Audiencia la competencia de los tribunales españoles en atención a lo dispuesto en los artículos 21 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, observamos aquí un flagrante caso de mala aplicación por nuestros tribunales de las fuentes del Derecho internacional privado, pues la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles debería haberse determinado, en todo caso, aplicando las normas del Reglamento 44/2001, y ello con independencia de que el resultado final -en el caso, la competencia de los tribunales españoles- pudiera haber sido el mismo por una u otra vía. La célebre expresión “todos los caminos conducen a Roma” no es sin embargo válida para justificar la fundamentación jurídica de una resolución judicial.

²⁰ Nos hemos referido a la posibilidad de que en el ámbito del Reglamento 44/2001, un pacto de sumisión tácita pudiera dejar sin efecto un previo acuerdo de sumisión expresa. En efecto, no existe razón para considerar que a las partes en un acuerdo atributivo de competencia les esté vedado someter voluntariamente su litigio a un tribunal distinto del previsto en dicho acuerdo (sentencia TJUE de 24 de junio de 2016, C-150/80, *Elefanten Schuh*), incluso aunque el acuerdo fuera en favor de los tribunales de un tercer Estado (sentencia TJUE de 17 de marzo de 2016, C-175/15, *Taser International*).

²¹ ECLI:ES:APM:2011:4330A.

²² Como se indica en el ya citado auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 25 de marzo de 2011, “estamos en presencia de un litigio transfronterizo, entendiéndose por tal aquél en que una de las partes ha de litigar ante Órganos Jurisdiccionales situados en un Estado Miembro distinto de aquel en el que la parte tiene su domicilio, y que en materia de competencia debe ser regido por los instrumentos internacionales que obligan a los Jueces españoles”.

26. Por último, queremos destacar la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª) de 2 de febrero de 2022²³. En la misma se trató sobre la competencia de los tribunales españoles en relación a una reclamación por incumplimiento de contrato formulada por una empresa española contra una empresa marroquí. Lo curioso en este asunto es que el tribunal declara la competencia de los tribunales españoles al amparo del artículo 22 *quinquies*, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin hacer referencia alguna al Reglamento 1215/2012. Y si es cierto que dicho precepto doméstico era aplicable dado que el demandado no tenía su domicilio en la Unión Europea (aunque ello no se razone en la sentencia), y por tanto no era aplicable el citado Reglamento, sin embargo, más adelante se indica que, además, la entidad demandada compareció ante el tribunal interesando “el aplazamiento de la audiencia dentro de un plazo razonable para poder designar a un abogado con objeto de representarnos y poder defender sus intereses”, aceptando así implícitamente la competencia del tribunal. Y ahora se justifica dicha competencia invocando el artículo 22.1 *bis* de nuevo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al indicar que los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos, y estableciendo el número 3 de esta misma disposición legal que serán competentes los tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado, salvo que la comparecencia tenga por objeto impugnar la competencia.

27. Sin embargo, el artículo 22 *bis* de la citada norma interna española carece de aplicación en la práctica, siendo desplazado por el Reglamento 1215/2012, dado que éste se aplica a los supuestos de sumisión²⁴, y ello con absoluta independencia del domicilio de las partes (art. 25.1)²⁵. Por lo tanto, se determinó la competencia de los tribunales españoles en consideración a una norma interna en un caso, en el que, al menos en cuanto a la cuestión relativa a la sumisión tácita, era claramente aplicable el Reglamento 1215/2012.

3. Los efectos de la declinatoria internacional

28. Tampoco se maneja muy acertadamente por nuestros tribunales la utilización del instrumento de la declinatoria en los litigios internacionales, lo cual suele ir de la mano de una indebida apreciación de la posible situación de sumisión, tácita o expresa, a favor de los tribunales españoles. Veamos algunos casos al respecto.

29. Interesante resulta el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) de 3 de octubre de 2011²⁶. En el mismo se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que había estimado una declinatoria por falta de jurisdicción, declarando la falta de competencia internacional de los tribunales españoles en un asunto contractual por corresponder su conocimiento a los Tribunales de Comercio de París en virtud de la sumisión dispuesta en la cláusula 13ª del contrato suscrito las partes.

30. Es de resaltar la afirmación que se contiene en el auto cuando se indica que “la competencia judicial internacional, cuando está en juego un litigio con elemento extranjero domiciliado en otro Estado miembro de la Unión Europea, está regulada con carácter general, por el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000” (F.D. 2º), señalándose más adelante en relación a dicho instrumento que, será

²³ ECLI:ES:APS:2022:141.

²⁴ Incluyendo la sumisión tácita, según se deduce de la interpretación que se realizó en la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2000 (asunto C-412/98, *Group Josi*), donde se decantó por la aplicación general del artículo 26 del Reglamento 650/2012, prescindiendo de dónde estuvieran domiciliados demandante y demandado; *vid.* A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Tratado de Derecho internacional privado, cit.*, pp. 2580-2581). Ello conlleva un desplazamiento de las normas internas de competencia judicial internacional en el ámbito material del Reglamento, en nuestro caso a las de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁵ *Vid.* F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8614, 28 de septiembre de 2015, p. 2.

²⁶ ECLI:ES:APM:2011:13674A.

aplicable, “cuando al menos una de la partes de la relación jurídica tuviere su domicilio en un Estado contratante”. Y al respecto llama la atención, al margen de la incorrección terminológica de referirse a “Estado contratante”, el hecho de indicarse que la aplicación del Reglamento 44/2001, en términos generales, depende de que “al menos una de las partes” tenga su domicilio en un Estado contratante, cuando sabido es que el requisito general para la aplicación del referido instrumento, al margen de la naturaleza civil o mercantil del litigio, es que el demandado -y no cualquier de las partes-, tenga su domicilio en un Estado miembro²⁷.

31. Al margen de ello, la Audiencia Provincial determina la posible competencia de los tribunales españoles sobre la base del artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indicándose que, si éste autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de los Tribunales españoles, ha de admitirse también, como señala la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 13 de octubre de 1993 y 29 de septiembre de 2005), la sumisión a órganos judiciales extranjeros, estando en este caso la validez del pacto condicionada a la observancia de las normas del Reglamento 44/2001. Pues bien, vuelve a utilizarse el método del *totum revolutum* antes señalado, y ello dado que en este caso la operatividad de la sumisión procedería o no en virtud de lo dispuesto al respecto en el Reglamento 44/2001, aplicable *ratione temporis* al caso, con independencia de lo dispuesto en nuestro sistema interno en materia de competencia judicial internacional.

32. Parecido asunto aborda el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 18 de junio de 2020²⁸, en un caso sobre posible competencia de los tribunales españoles referido a una acción por actos de competencia desleal acontecidos en Estados Unidos -con los demandados con domicilio en dicho país- donde se declara que los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional. Lo curioso de este caso es que se discutía la posible existencia de una sumisión expresa a favor de los tribunales de Zaragoza²⁹, y, a pesar de ello, la Audiencia mantuvo que, en todo caso, no era aplicable el Reglamento 1215/2012 porque los demandados carecían de domicilio en la Unión Europea. Sin embargo, no se indicó que, en caso de sumisión expresa, no es necesario que el demandado tenga domicilio en la Unión Europea para que pueda aplicarse el Reglamento, pues es una de las excepciones que se contemplan (art. 52 del Reglamento, por remisión del art. 6.1)³⁰.

31. Al margen de lo expuesto, al no aplicar la Audiencia Provincial de Barcelona el Reglamento 1215/2012, se acude a la norma interna española ante la ausencia de instrumento supraestatal. Pero en este punto volvemos a encontrar un doble error en el auto. Por un lado, se designa como norma interna aplicable para determinar competencia judicial internacional de nuestros tribunales el artículo el artículo 52.1.12º de la Ley de enjuiciamiento civil, sin hacer referencia alguna al artículo 22 de la Ley orgánica del poder judicial, que es nuestra norma interna reguladora de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil. Por otro lado, finaliza el auto señalando que la aplicación del artículo 52.1.12ª de la Ley de enjuiciamiento civil nos conduce a la competencia de los tribunales de Estados Unidos de América, lugar donde se han producido los actos de competencia desleal; es decir, se comete el error de atribuir competencia a los tribunales de otro Estado utilizando para ello una norma interna española: ¿se declararía competente un tribunal de Estados Unidos de América para conocer de un litigio internacional en virtud de una norma de competencia contenida en la Ley de enjuiciamiento civil española? Evidentemente no: no es labor de un tribunal español declarar la competencia judicial internacional de tribunales extranjeros. En casos como estos el tribunal español simplemente se debe declarar incompetente, pero

²⁷ Ello se deducía de los artículos 3 y 4 del Reglamento 44/2001. Solo en algunos supuestos excepcionales se podía aplicar el Reglamento con independencia del domicilio del demandado (principalmente en el caso de tratarse de foros exclusivo, y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento). Y el mismo defecto al señalado encontramos en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 21 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:21417A; F.D. 3º, pfo. 1, *in fine*).

²⁸ ECLI: ES:APZ:2020:728A.

²⁹ En el caso era discutible la vigencia del pacto de sumisión que pudiera amparar la competencia de los tribunales españoles.

³⁰ Excepción que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido también a los supuestos de sumisión tácita (art. 26 del Reglamento 1215/2012). Así, la sentencia de 13 de julio de 2000, C-412/98, *Group Josi*, se decantó por la aplicación general de la norma del artículo 26 con independencia de dónde estuvieran domiciliados demandante y demandado.

la competencia de los tribunales norteamericanos la deciden los propios tribunales norteamericanos mediante la aplicación de su sistema de fuentes de competencia judicial internacional³¹.

4. El indebido uso de las normas sobre Ley aplicable para determinar competencia

32. Uno de los errores más llamativos de nuestros tribunales consiste en utilizar normas, estatales o, sobre todo, supraestatales, cuya finalidad es la determinación de ley aplicable (*lex causae*) para designar a través de ellas la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. Se trata de una equivocación de tal envergadura que daría lugar a un suspenso rotundo en cualquier examen de grado en la asignatura de Derecho internacional privado. Y esto además acontece en los más diversos sectores: así, en reclamaciones por daños de accidentes de circulación por carretera, en litigios sucesorios, en divorcios transfronterizos, en despidos en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, en demandas por daños derivados de obligaciones contractuales y extracontractuales, etc.

33. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) de 6 de junio de 2012³², en relación a la reclamación por daños derivados de un accidente de circulación por carretera acontecido en Meknés (Marruecos), aplica para determinar la posible competencia de los tribunales españoles el Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971³³. En efecto, se establece en el auto en primer término que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como criterio general para la atribución de jurisdicción civil a los juzgados españoles, recoge el criterio del domicilio del demandado en España. Y en materia de obligaciones extracontractuales si no pudiera determinarse por la regla general, y el hecho se hubiera cometido fuera de España, serán competentes los tribunales españoles cuando el autor y la víctima tengan su domicilio en España.

34. Pero de manera sorprendente se indica a continuación que, en materia de accidentes de circulación ocurridos fuera de España, como era el caso, la regulación específica de la competencia para conocer de los mismos se contiene en el citado Convenio de La Haya de 1971, lo que hace que, por lo dispuesto en el artículo 36 LEC, en relación con el artículo 1.5 del Código civil y el artículo 96 de la Constitución, deba acudir a esta norma para determinar si los juzgados españoles pueden resolver la reclamación del actor (F.D. 2º, pfo. 2). Es decir, la Audiencia de Barcelona aplica para determinar si existe competencia judicial internacional un convenio cuya finalidad es la determinación de la ley aplicable, confundiendo de manera lamentable dos sectores de los que integran en contenido del Derecho internacional privado totalmente autónomos, el de la ley aplicable (o “conflicto de leyes”) y el de la competencia judicial internacional (o “conflicto de jurisdicciones), integrado este último en el Derecho civil procesal internacional³⁴. Como hemos indicado, una confusión de este tipo, que por desgracia se ha venido repitiendo con demasiada frecuencia³⁵, daría lugar a un suspenso automático a un estudiante de Derecho internacional privado.

³¹ Idéntico error se produce en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 19 de noviembre de 2021, donde la Audiencia declara la competencia de los tribunales británicos para conocer en relación a un divorcio, guarda y custodia, derechos de visitas y alimentos, y ello atendiendo a lo dispuesto en los Reglamentos 2021/2003 y 4/2009 (ECLI:ES:APB:2021:11442A). La competencia de los tribunales británicos la determinan los tribunales británicos.

³² ECLI:ES:APB:2012:4146A.

³³ BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987.

³⁴ Ya en el siglo XIII el glosador Jacobus Balduinus estableció la distinción entre las normas que regulan el proceso -normas *ad ordinandam litem*- y las normas aplicables a la resolución del fondo de la cuestión litigiosa -normas *ad decidendam litem*-.

³⁵ Así, mediante auto de 14 de mayo de 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia 20 de Barcelona en un litigio comercial, se declaró la incompetencia de los tribunales españoles para conocer en virtud de los criterios contenidos en el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008), cuando sabido es que se trata de un Reglamento que tiene por objeto la determinación de la ley aplicable y no la competencia judicial internacional. Afortunadamente en este caso la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), mediante auto de 31 de octubre de 2012, enmendó la plana al Juzgado y declaró la competencia de los tribunales españoles en aplicación del criterio contenido en el artículo 5.1, letra b, apartado segundo, del Reglamento 44/2001 (ECLI:ES:APB:2012:7854A). Un acierto aquí de la Audiencia Provincial de Barcelona.

35. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª) de 30 de mayo de 2014 se trató la cuestión relativa a la competencia de los tribunales españoles para conocer en materia sucesoria³⁶. A tal efecto se sigue la doctrina contenida en la sentencia de la Sección 5ª de la misma Audiencia Provincial de 31 de Marzo de 2009³⁷, donde se estableció que ante una pretensión de derecho sucesorio referida a una ciudadana británica fallecida en España -donde residía- el 29 de febrero de 2004, ha de aplicarse a la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil, la ley personal que, como persona física, se determina por su nacionalidad y será la que rijan la capacidad y la sucesión por causa de muerte. Ahora bien, respecto a la competencia judicial internacional, la Ley otorga la competencia para conocer de los litigios que sobre esta materia se presenten a los tribunales españoles, por haber tenido la causante su último domicilio en España y tener aquí bienes inmuebles.

36. Y a los efectos de determinar la competencia de los tribunales españoles se hace referencia a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008 (Sala 1ª) sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer de unas pretensiones que tenían por objeto la revocación de un testamento otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España y la declaración de ineficacia de los actos jurídicos que son consecuencia del primero³⁸. Pues bien, se establece que ese control de la competencia judicial internacional ha de hacerse necesariamente a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a falta de norma convencional o, en general, de norma de carácter supranacional que resulte aplicable³⁹. En concreto ha de hacerse a la vista de lo dispuesto en su apartado tercero, una vez que se ha comprobado que no concurren ninguno de los foros de competencia exclusiva que establece el apartado primero del mismo artículo, y después de que se han excluido los foros generales establecidos en su apartado segundo, ya que no hay pacto expreso de atribución de competencia en favor de los tribunales españoles ni sumisión tácita a éstos, y que falta la conexión del domicilio del demandado que sirve para atribuir la competencia a los tribunales españoles. Por ello se ha de estar a la regla que establece el último inciso del apartado tercero del artículo 22, con arreglo al cual, los juzgados y tribunales españoles serán competentes, en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España; regla de competencia internacional que se estructura en torno a dos conexiones alternativas y que resultaba aplicable al caso habida cuenta de la materia objeto de la pretensión que se ejercita a título principal, calificada, como no podía ser de otra manera, con arreglo a la *lex fori*. Dicha regla conducía a atribuir en el caso concreto, como ya había hecho el tribunal de instancia, la competencia para conocer a la jurisdicción española, pues resultaba incontrovertida la existencia de, al menos, una vivienda sita en Madrid.

37. Pero lo que realmente llama la atención en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga es que, tras referirse a la señalada doctrina del Tribunal Supremo, para justificar la competencia de los tribunales españoles se invoque a continuación el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1989⁴⁰, indicándose que éste dispone sobre competencia en materia de sucesiones, lo siguiente: “1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. 2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera

³⁶ ECLI:ES:APMA:2014:1023.

³⁷ ECLI:ES:APMA:2009:4057.

³⁸ ECLI:ES:TS:2008:3641.

³⁹ Ha de tenerse en cuenta que entonces no era aplicable el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012).

⁴⁰ Se refiere la sentencia al Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

nacional, se aplicará la ley de este último Estado. 3. En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento, salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último” (F.D. 2º, pfo. 5). Pues bien, el injustificable error radica en que se trata de un convenio, por una parte, que nunca entró en vigor por falta de ratificaciones de los Estados (y España ni siquiera lo ratificó)⁴¹ y, por otra, que versa exclusivamente sobre la cuestión de la “ley aplicable” a las sucesiones, por lo que su cita a estos efectos estaba totalmente fuera de lugar. De nuevo, y de manera lamentable, se vuelve a producir un error de este tipo al confundirse la cuestión de la ley aplicable con la de competencia judicial internacional, esto es, se mezcla el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones.

38. Interesante por lo sorprendente resultó también el supuesto tratado en la sentencia en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2015⁴². En la misma se abordó la posible competencia de los tribunales españoles para conocer del despido de unos trabajadores de nacionalidad española, contratados por una empresa española para prestar servicios en Argelia. Pues bien, para fundamentar la competencia de los tribunales españoles, que había sido denegada por el Juzgado de lo Social, se utiliza el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por un lado, y el artículo 8 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por otro. Es decir, se utiliza una norma que regula competencia judicial internacional, pero que no era aplicable dado que entonces se encontraba vigente el Reglamento 44/2001 (de aplicación preferente) y, además, se apoya a tal fin en una norma de conflicto (el Reglamento Roma I) cuya finalidad es determinar la ley aplicable al contrato, no procediendo en ningún caso fundamentar la competencia judicial en dicha norma⁴³.

39. Paradigmático es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 28 de junio de 2018⁴⁴. En dicha resolución, en relación al divorcio en España de un matrimonio de nacionales de Marruecos, respecto a la determinación de la competencia judicial internacional, se indica que “compete a la jurisdicción española el conocimiento de la presente litis por ministerio de lo normado por los art. 9.2º *in fine* y 107.2º Cc y el apartado 1º del art. 3.1º.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 derogó el Reglamento (CE) 1347/2000” (F.D. 2º, punto 2)”. Es decir, se comete la herejía jurídica de fundamentar la competencia, entre otros -nuevamente mediante la técnica del *totum revolutum*-, en dos disposiciones, los artículos 9.2 y 107.2 del Código civil, que lo que contienen son normas de conflicto para determinar, respectivamente, la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable al divorcio. Se produce por lo tanto de nuevo una lamentable confusión de los tradicionales sectores de los conflictos de leyes y de jurisdicciones (*ius-forum*).

40. Como último botón de muestra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 17 de abril de 2019⁴⁵, en un caso donde había que determinar la posible competencia judicial internacional de los tribunales españoles en relación a un supuesto de responsabilidad extracontractual, hace en principio referencia al Reglamento 1215/2012, instrumento que resultaba claramente aplicable a tal efecto teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Sin embargo, acto seguido añadió la Audiencia

⁴¹ Tan solo lo firmaron Argentina, Luxemburgo y Suiza, y ninguno siquiera llegó a ratificarlo.

⁴² ECLI:ES:TSJAND:2015:7950.

⁴³ Afortunadamente el Tribunal Supremo corrigió el grave error del TSJA aplicando a efectos de determinar la competencia de los tribunales españoles el artículo 18.2 del Reglamento 44/2001, si bien realizando una dudosa y discutible interpretación del referido precepto. Ver al respecto una crítica a la referida sentencia en Y. CANO GALÁN, “Sobre la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales Españoles para conocer de reclamaciones laborales, en supuestos de reclutamiento de trabajadores en España para prestar servicios en países extracomunitarios para empresas extracomunitarias”, *Diario La Ley*, núm. 9188, 2 de mayo de 2018.

⁴⁴ ECLI:ES:APT:2018:1014.

⁴⁵ ECLI:ES:APZ:2019:680.

que el artículo 4.1 del Reglamento 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), determina como relevante el momento de la materialización del daño y, por lo tanto, se estima que el daño en el caso se produjo en España, tratándose de un dato meramente fáctico que determina la competencia de los tribunales españoles “con arreglo al indicado Reglamento 864/2007”.

41. Como puede apreciarse, se trata de una lamentable confusión por parte de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que de nuevo utiliza una norma, el citado Reglamento 846/2007, cuyo fin es la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*lex causae*), para establecer con fundamento en ella la competencia judicial de los tribunales españoles. Se trata de errores de los que ciertamente chirrían a cualquier jurista que sea mínimamente conocedor del mundo del Derecho internacional privado. Y recuérdese que en este caso el principio *iura novit curia* obligaba a los magistrados a conocer que el Reglamento Roma II no aborda cuestiones de competencia judicial internacional.

5. Otros errores en materia de competencia

42. Finalmente apreciamos otros significativos errores que también se comenten en materia de competencia judicial internacional relacionados con diversos aspectos: así, por ejemplo, la no apreciación de situaciones de litispendencia internacional, la inadecuada aplicación del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, el mal manejo del ámbito personal y de los foros exclusivos del Reglamento 1215/2012 o la falta de acierto en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012.

43. En el caso tratado por sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 18 de junio de 2014 se planteó por el demandado, ciudadano español con domicilio en Colombia, la excepción de litispendencia y de cosa juzgada, pues sostenía que había interpuesto una demanda de divorcio con anterioridad ante los tribunales de Colombia, y que incluso había recaído sentencia el día 17 de julio de 2013⁴⁶. Sin embargo para la Audiencia esta alegación no podía aceptarse ni impedir que el Juzgado español dictase sentencia porque no existía base normativa en el plano internacional que la justificase, habida cuenta de que el artículo 19 del Reglamento 2201/2003 de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴⁷, regula la litispendencia sólo en relación a los procesos que se tramiten en el espacio comunitario europeo, condición que no se reúne el relación al proceso tramitado en Colombia.

44. Pero frente a lo indicado, olvidó la Audiencia Provincial de Valencia que se pueden aplicar analógicamente las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil sobre litispendencia mediante una lectura internacional de las mismas. En efecto, la doctrina más autorizada (A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) se venía decantando por la aplicación analógica del artículo 421 de la Ley de enjuiciamiento civil al plano internacional, por lo que el órgano judicial español ante el que se plantee la existencia de litispendencia internacional debería decidir sobre el particular mediante auto y previa audiencia de las partes⁴⁸. El no admitir la litispendencia internacional provocaría una duplicidad de procedimientos con posibles sentencias inconciliables, duplicidad de costes, y resultaría además contrario a los principios de economía procesal y de armonía internacional de soluciones. De hecho, incluso la doctrina del Tribunal Supremo comenzó a abandonar su rígida doctrina en torno a la exclusión de los efectos de una situación de litispendencia internacional a favor de su admisión (STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 1990⁴⁹).

⁴⁶ ECLI:ES:APV:2014:2502.

⁴⁷ DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003. El referido artículo 19 señala en su apartado primero que “cuando se presenten demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”.

⁴⁸ Véase *Tratado de Derecho internacional privado*, cit. pp. 412-417.

⁴⁹ ECLI:ES:TS:1990:4691. Y la vigente Ley 29/2015, de 29 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

45. El juego entre diversos instrumentos supraestatales de posible aplicación en materia de competencia judicial internacional aparece, con un tratamiento poco acertado, en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2018⁵⁰. Se trataba de una demanda interpuesta por nacionales noruegos con domicilio en Noruega contra una entidad bancaria española y, en relación a la determinación de la competencia judicial internacional, indica la Audiencia que, no siendo Noruega un Estado miembro de la Unión Europea no resulta aplicable el Reglamento 1215/2012, siendo de aplicación el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵¹, cuyo artículo 16.1 atribuía en el caso competencia a los tribunales españoles. Pues bien, el error de la Audiencia en el presente supuesto radica en que, teniendo el demandado su domicilio en España, sí resultaba de aplicación el Reglamento 1215/2012 (art. 5.1), pues en materia de competencia judicial internacional las normas del Convenio de Lugano de 2007 se aplican cuando el demandado se encuentra domiciliado en un Estado parte del Convenio que no sea Estado miembro de la Unión Europea (es decir, en Noruega, Suiza o Islandia)⁵².

46. En la sentencia en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de noviembre de 2020 se trató sobre la posible competencia de los tribunales españoles para conocer del despido de una trabajadora de nacionalidad venezolana que prestaba servicios en España para una compañía con sede en Costa Rica⁵³. A tal efecto indica el Tribunal que para que sea de aplicación el Reglamento 1215/2012 se exige como presupuesto determinante “que el demandado o demandados tengan el domicilio (fuero general del domicilio) en España y, en el supuesto de que el domicilio del demandado no esté situado en el territorio de uno de los Estados miembros de la UE, la norma señala, que habrá que acudir a las reglas de competencia recogidas en el derecho interno, la LOPJ o en su caso en el Código Civil (art. 6.1 del Reglamento UE)”⁵⁴. Pues bien, aparte del error de indicar que sea requisito de aplicación del Reglamento que el demandado tenga su domicilio en España (lo es en cualquier Estado miembro) y que una norma de competencia pueda estar en el Código civil, olvida el Tribunal que el artículo 21.2 del Reglamento 1215/2012 establece que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento en materia laboral, en el caso de que el demandante sea el trabajador, se aplican prescindiendo de que el demandado esté domiciliado o no en un Estado miembro. Es uno de los tres supuestos donde no se exige el domicilio del demandado en España para poder acceder a la aplicación del Reglamento en materia de competencia judicial internacional.

47. Sorprendente también resulta el caso resuelto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 9 de noviembre de 2021, donde encontramos un supuesto de atribución desorbitada de competencia internacional a favor de los tribunales españoles⁵⁵. En concreto, se trataba del posible conocimiento en relación a una acción de división de dos bienes inmuebles situados en Bolivia propiedad de un matrimonio de españoles residente en Barcelona. El Juzgado de Primera Instancia había

(BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015), ha dado la razón a esta corriente doctrinal en cuanto que ha admitido y regulado expresamente en su artículo 39 la situación de litispendencia internacional. Y su artículo 38 dispone que: “Las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán como la excepción de la litispendencia interna”.

⁵⁰ ECLI: ES:APCO:2018:801A. Como hemos indicado, una de las cuestiones más complejas en el Derecho internacional privado es la determinación del instrumento supraestatal aplicable cuando concurra más de uno en la posible regulación. Sobre el particular ver F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (marzo 2011), Vol. 3, núm. 1, pp. 282-289.

⁵¹ DOUE núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.

⁵² Se trata de otro *typical mistake* de nuestros tribunales, esto es, el considerar que se aplica el Convenio de Lugano de 2007 por el hecho de que se encuentran implicados en el asunto dos Estados que participen en el mismo. Ello es siempre así en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, pero, como hemos indicado, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es de fijar la competencia judicial internacional, pues si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, sí se aplicará el Reglamento 1215/2012. Es importante tener en cuenta que los requisitos de aplicación de dicho Convenio no son los mismos en materia de competencia y en materia de reconocimiento y ejecución.

⁵³ ECLI:ES:TSJCAT:2020:10289.

⁵⁴ F.D. 2º, aptdo. B.

⁵⁵ ECLI:ES:APB:2021:13403.

declarado la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la referida acción, que pretendía acumularse a la ejercitada en una demanda de divorcio⁵⁶. Pues bien, para la Audiencia Provincial no rige por razón de la materia el Reglamento 2016/1103 de 24 de junio de 2016 -y tampoco lo era *ratione temporis*- 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 matrimoniales⁵⁷, sino el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil aplicable a partir de 10 de enero de 2015, cuyo ámbito de aplicación abarca lo esencial de las materias civil y mercantil salvo obligaciones de alimentos (art. 1 y considerando 10).

48. Pues bien, conforme al Reglamento 1215/2012 estima la Audiencia que son competentes los Tribunales Españoles para conocer de la acción de división de cosa común pues; si bien es cierto que las pretensiones sobre derechos reales quedan circunscritas a la competencia exclusiva de los Estados donde se ubican los bienes (art. 24 del Reglamento), esta competencia exclusiva “solo opera entre los Estados miembros”. Para la Audiencia, el referido precepto atribuye competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle, “pero la exclusividad opera solo respecto de los Estados miembros”. En este caso los bienes inmuebles sobre los cuales se ejercita la acción de división se encuentran en Bolivia por lo que no siendo por ello aplicable el artículo 24 del Reglamento, los tribunales españoles son competentes para conocer de la acción de división de la cosa común en virtud de lo recogido en el artículo 4 del Reglamento, que dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, y en el caso la demandada tiene su domicilio en España (aunque por error se haga referencia a la “residencia habitual”). Por todo ello, se declara por la Audiencia que existe competencia internacional y funcional de los tribunales españoles para conocer de la acción de división sobre los bienes sitios Bolivia e inscritos allí en el Registro de la Propiedad.

49. A nuestro entender esta resolución es todo un despropósito, pues debe hacerse una interpretación finalista y lógica del artículo 24, letra a), del Reglamento 1215/2012, y aunque el bien inmueble no se encuentra situado en un Estado miembro, ha de entenderse que la competencia para conocer del litigio ha de corresponder a los tribunales bolivianos, pues la competencia exclusiva recae sobre los mismos realizando una interpretación bilateralizada o refleja del criterio del artículo 24 del Reglamento. En tal sentido, el apartado 1 del artículo 12 Código Procesal Civil de Bolivia afirma que respecto de demandas con pretensiones reales o mixtas sobre bienes en general será competente la autoridad judicial del lugar donde estuviere situado el bien litigioso o el del domicilio de la parte demandada, entendiéndose es ello es así siempre y cuando éste se encuentre en Bolivia⁵⁸. Por lo tanto, una sentencia en esta materia dictada por un tribunal español está llamada a convertirse en una resolución claudicante, esto es, válida solo en el territorio del tribunal que la ha dictado. Y tan es así que la propia Audiencia Provincial de Barcelona es consciente de ello y termina su fundamentación al respecto indicando expresamente, que la competencia de los tribunales españoles en el presente caso tiene lugar “sin perjuicio de la eficacia que la presente resolución pueda desplegar en el país en el que se encuentran los bienes”, que ya hemos visto que será ninguna. En definitiva, todo un despropósito de resolución que, casi con toda seguridad, acabará convirtiéndose en papel mojado, sin poder desplegar efecto alguno en el país donde estaría llamada a desplegarlos.

⁵⁶ El Juzgado había fundamentado su decisión básicamente en: a) que los preceptos aplicables (que no concretaba) establecen como conexión para determinar la competencia de las acciones relacionadas con derechos reales inmobiliarios el lugar donde se encuentren ubicados; b) que en Derecho Internacional Privado no hay norma o convenio que atribuya la competencia a los tribunales españoles y, c) que las pretensiones sobre derechos reales quedan circunscritas a la competencia exclusiva del Estado donde se encuentran situados los bienes inmuebles.

⁵⁷ Y ello dado que la acción de división de los bienes comunes no constituye ni forma parte de la liquidación del régimen económico matrimonial (F.D., pfo. 7º).

⁵⁸ Véase al respecto C. ESPLUGUES MOTA, “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18, julio 2014, p. 30.

50. Finalmente, una auténtica perla jurídica encontramos en el auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) de 30 de noviembre de 2021⁵⁹. En el mismo se abordó la sucesión de un nacional ruso residente en Estepona y, respecto a la posible competencia judicial internacional de los tribunales españoles se indicaba que “parece evidente y más que incontrovertido el hecho de ser inaplicable al caso el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, sobre 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, dada la nacionalidad rusa del causante, motivo por el que se debe estar a la normativa contenida en la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que en su artículo 22 quáter” (F.D. 2º).

51. Es decir, en el caso no se aplicó el citado Reglamento para determinar la competencia por el hecho de la nacionalidad rusa del causante, dando a entender que para que proceda su aplicación es requisito que el causante sea nacional de un Estado miembro. Pero ante ello hemos de preguntarnos, ¿en qué norma del Reglamento 650/2012 se exige la tenencia de una determinada nacionalidad para que proceda su aplicación? Pues en ninguna, la nacionalidad es un dato indiferente a los efectos de la aplicación del Reglamento: el hecho trascendente es que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar con posterioridad al 17 de agosto de 2015⁶⁰. En definitiva, nos encontramos con una nefasta praxis en la determinación del ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012, impropia de toda una Audiencia Provincial de Málaga, que, por el importante número de extranjeros que reside en la zona, debería estar habituada al correcto manejo de los instrumentos propios del Derecho internacional privado, como es en este caso el Reglamento 650/2012.

III. Errores en el sector de Ley aplicable

1. A vueltas con los divorcios internacionales

52. Si hemos tenido ocasión de comprobar que la determinación de la competencia judicial internacional en materia de divorcio es una fuente de constantes errores por parte de nuestros tribunales, no lo es menos en lo que hace a la fijación de la ley aplicable al divorcio. Como vamos a exponer a continuación, también en lo que respecta a este ámbito las equivocaciones que se comenten, por desgracia, son más que significativas y nada aisladas o anecdóticas⁶¹.

53. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) de 14 de septiembre de 2017 se trató del divorcio de un matrimonio rumano que hasta 2014 habían tenido su residencia habitual en España⁶². Posteriormente la mujer interpuso demanda de divorcio y, entre otras cuestiones que no vienen al caso, se plantea, además del divorcio en sí, la posible concesión de una pensión de alimentos a favor de los menores. Pues bien, lo sorprendente de esta sentencia es que, en relación a las dos cuestiones apuntadas, por un lado, para determinar la ley aplicable al divorcio se procede a aplicar -confirmando el criterio del Juzgado- el artículo 107 del Código civil, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de julio y, por otro, en relación a la pensión de alimentos, se aplican

⁵⁹ ECLI:ES:APMA:2021:1520A.

⁶⁰ Y hay que señalar que el fallecimiento del causante en el supuesto tratado tuvo lugar el 22 de diciembre de 2014, antes por lo tanto de que se estuviera aplicando el Reglamento 650/2012, razón por la cual la Audiencia lo tenía fácil para desechar la aplicación del referido instrumento sin entrar en otras valoraciones. Como con acierto se suele decir, a veces es mejor no hablar más de la cuenta para evitar meter la pata.

⁶¹ Muchos de los errores cometidos en materia de competencia judicial y de Ley aplicable en relación al Derecho de familia internacional podrían haberse evitado mediante la consulta de la excelente monografía de M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, ya todo un clásico, *El divorcio internacional en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013; o, más recientemente, la obra de E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁶² ECLI:ES:APGR:2017:1170.

directamente los artículos 142 y siguientes del Código civil, sin planteamiento previo de la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable.

54. Y era evidente que, en un caso como el tratado por la sentencia que comentamos, la ley aplicable al divorcio habría de determinarse por las normas del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁶³; y, por su parte, la ley aplicable a las pensiones de alimentos se regularía por el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁶⁴. Ambos instrumentos eran, *ratione temporis*, aplicables al caso que nos ocupa. Por lo tanto, otro merecido suspenso, en este caso para la Audiencia Provincial de Granada⁶⁵.

55. Ciertamente asombroso es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 28 de junio de 2018⁶⁶. En dicha resolución se trató del divorcio en España de un matrimonio entre cónyuges de nacionalidad marroquí. Pues bien, a la hora de determinar la ley aplicable al divorcio se señala: “la legislación aplicable para la resolución del presente recurso de apelación es el ordenamiento jurídico español, en su conjunto considerado, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 33.3º de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que prevé la aplicación del Derecho español cuando las partes no han acreditado la vigencia y el contenido del Derecho extranjero correspondiente”. En este caso, el error lo encontramos en que, como sabe cualquier estudiante de Derecho internacional privado del Grado en Derecho, la Ley 29/2015 no tiene como objeto la determinación del ordenamiento aplicable a los casos sometidos al Derecho internacional privado, sino que para este menester contamos desde la época de Savigny con las normas de conflicto, bien estatales, bien supraestatales. Y en este caso resulta evidente que la determinación de la ley aplicable al divorcio se debería haber llevado a cabo a través de las normas del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁶⁷. Para más inri, ha de recordarse que, en esta sentencia, como ya tuvimos ocasión de criticar, también se cometió el grave error de confundir ley aplicable y competencia judicial internacional, al fundamentar en ambos casos la Audiencia la competencia para conocer del divorcio en los artículos 9.2 y 107.2 del Código civil, algo realmente que produce vergüenza ajena.

56. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2019 discurre aún por senderos más sorprendentes⁶⁸. En efecto, se trataba de acreditar el Derecho alemán que, en el caso, era el aplicable al divorcio de dos nacionales alemanes a tenor del referido Reglamento 1259/2010. Para la Audiencia, en defecto de prueba del contenido, vigencia e interpretación del Derecho alemán, “tal y como señala el artículo 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional se debe acudir a las reglas de la sana crítica o, excepcionalmente al Derecho español”. Pues bien, si vamos al contenido del artículo 33 no es eso lo que se deduce: en efecto, en relación a las reglas de la sana crítica lo que se establece es que “Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo

⁶³ DOUE núm. 343, de 29 de diciembre de 2010.

⁶⁴ DOUE núm. 7, de 10 de enero de 2009.

⁶⁵ Una demoledora y acertada crítica a esta sentencia puede verse en C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “Cambio de apellidos y otros efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 319/2017, de 14 de septiembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 802-810.

⁶⁶ ECLI:ES:APT:2018:1014.

⁶⁷ Y conviene volver a recordar aquí que los jueces españoles tienen el deber de aplicar de oficio las normas de conflicto de nuestro sistema para determinar la ley aplicable en función de los establecido en las mismas (art. 12.6 del Código civil). Al respecto véase M.E. ZABALO ESCUDERO, “Sobre la aplicación de oficio de la norma de conflicto: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021”, *Diario La Ley*, 9995, de 24 de enero de 2022.

⁶⁸ ECLI: ES:APIB:2019:2338.

con las reglas de la sana crítica” (art. 33, aptdo. 2º). Pero la sana crítica en modo alguno opera a modo de ordenamiento aplicable en caso de falta de prueba del Derecho designado por la norma de conflicto. Y no se trata de un mero lapsus del tribunal (lo decimos por intentar justificar lo difícilmente injustificable⁶⁹), dado que más adelante insiste la Audiencia: “Ante la falta de prueba se aplican las reglas de la sana crítica, que consideramos es lo que ha hecho la juez *a quo*” (F.D. 2º, *in fine*). En fin, sacando el lado positivo y con ironía, parece que por fin ya tenemos la solución a la compleja cuestión de la ley aplicable en caso de no acreditación del Derecho extranjero declarado aplicable: la aplicación supletoria de las reglas de la sana crítica, si bien nunca sabremos hacia qué ordenamiento nos conducen tales reglas. Nunca te acostarás sin tener ocasión de aprender algo nuevo.

57. También resulta curioso, por llamarlo de alguna manera, el supuesto tratado en la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 4 de marzo de 2020⁷⁰. En el caso se abordó el divorcio de un matrimonio formado por dos nacionales rumanos, otorgándose por el Juzgado de Primera Instancia la guarda y custodia de los menores al padre, residente en España, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre, residente en Rumanía. Pues bien, por lo que hace a la cuestión de determinación de la ley aplicable al divorcio, la Audiencia aplica en el caso el artículo 107.2 del Código civil, pero en su versión anterior a la redacción actual dada por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, siendo esta última la vigente y la que era aplicable en el caso que tratamos⁷¹. Evidentemente, conforme a la redacción del artículo 107.2 del Código civil aplicable⁷², la determinación de la ley aplicable al divorcio debería haberse realizado acudiendo a las normas del Reglamento 1259/2010. Y sorprende aún más que esto suceda con el silencio de las partes y del Ministerio Fiscal, cuando se estaba aplicando una disposición, el artículo 107.2 del Código civil, con una versión que llevaba ya casi cinco años derogada. En fin, creo que sobran mayores comentarios.

58. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12) de 7 de diciembre de 2020⁷³, en relación a la ley aplicable al divorcio de un matrimonio ecuatoriano, acierta la Audiencia en este caso al señalar como instrumento aplicable al efecto el Reglamento 1259/2010 (Roma III). Sin embargo, señala que, en base a su eficacia universal, debe atenderse a las normas del mencionado Reglamento para determinar la ley aplicable al presente caso, añadiéndose a continuación, “dado que ambos litigantes son residentes en el espacio común” (F.D. 2º, *in fine*). Y es aquí donde se produce el error, dado que el Reglamento 1259/2010 se aplica porque conocen del divorcio los jueces españoles, y se trata de una norma de obligada aplicación para determinar la ley aplicable al divorcio con independencia de la residencia de los cónyuges. Para su aplicación lo que se exige es que se trate de un divorcio transfronterizo (art. 1.1)⁷⁴ y que conozca una autoridad de alguno de los Estados miembros participantes en el Reglamento, entre ellos España.

⁶⁹ Y sorprende más que esta “barbaridad jurídica” (confieso que tuve que leer varias veces la sentencia para creer lo que veía) tenga su origen en una resolución de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, donde sabido es que, por la cantidad de extranjeros que residen en las Islas Baleares, es muy frecuente la aplicación por sus tribunales de leyes extranjeras.

⁷⁰ ECLI: ES:APTO:2020:545.

⁷¹ Establecía el artículo 107.2 en su versión anterior a la vigentes desde 2015: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

⁷² Que establece que “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

⁷³ ECLI: ES:APB:2020:12158.

⁷⁴ El Reglamento 1259/2010 se aplica al divorcio y a la separación judicial en las “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, es decir, que se encuentren conectados con más de un ordenamiento jurídico, lo cual acontece cuando la relación jurídica presenta un elemento extranjero.

59. Sorprendente resulta también el supuesto tratado en la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 13 de enero de 2021⁷⁵. Se trataba del divorcio ante los tribunales españoles de un matrimonio de nacionales dominicanos. En relación a la determinación de la ley aplicable al divorcio⁷⁶, manifiesta la Audiencia que “ambos cónyuges ostentan la nacionalidad común dominicana, y a tenor de lo previsto en el artículo 9 del Código Civil español, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Y añade dicho precepto que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”. Y según este precepto, sigue la Audiencia “en lo que al caso concierne, previene que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, si bien contemplan la aplicación de la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España y, entre otros supuestos, si la ley nacional común de los cónyuges no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público” (F.D. 3º).

60. Pues bien, los trascendentes errores se vuelven a suceder en la resolución que comentamos: En primer lugar, no eran aplicables los artículos 9 y 107 del Código civil para determinar la ley aplicable al divorcio; en segundo término, era aplicable el Reglamento 1259/2010, que ya llevaba años aplicándose en la fecha de presentación de la demanda de divorcio; y, finalmente, para mayor despropósito, la versión del artículo 107.2 del Código civil que se transcribe en la sentencia llevaba derogada desde 2015 (por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que le dio la redacción vigente). En fin, una auténtica joya.

61. Como último botón de muestra en esta materia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 28 de julio de 2021 trató sobre la procedencia de determinadas pensiones derivadas de un divorcio tramitado en España de un matrimonio de nacionales marroquíes⁷⁷. Para determinar la ley aplicable a dicha cuestión el tribunal aplica el ya referido Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. En concreto la Audiencia fundamentó en el caso la aplicación de la ley española en virtud de su artículo 8, dado que ambas partes residían en España en el momento de la interposición de la demanda y no habían elegido otra ley como aplicable *ex* artículo 5. Sin embargo, sabido es que el Reglamento 1259/2010 se utiliza exclusivamente para determinar la ley aplicable al divorcio (art. 1), pero, como es sabido -o debería serlo-, no a otros aspectos que normalmente aparecen vinculados al divorcio (pensiones de alimentos o compensatorias, régimen de visitas, guarda y custodia, régimen económico del matrimonio, etc.), para los cuales existen otros instrumentos *ad hoc*⁷⁸.

2. Los accidentes de circulación y el Convenio de La Haya de 1971

62. El Convenio de La Haya el 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera es un instrumento ciertamente complejo en su manejo y ello fundamentalmente dado los múltiples y variados criterios que utiliza para la designación de la ley aplicable, con un importante número de combinaciones posibles dependiendo de múltiples factores; de hecho, cada

⁷⁵ ECLI:ES:APLE:2021:157.

⁷⁶ También tuvo un desliz la Audiencia a la hora de determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, pues se limitó a indicar que “debe reconocerse la competencia territorial de los juzgados de León porque ambos esposos tenían su domicilio habitual en España al tiempo de la demanda” (F.D. 3ª, pfo. 1), ignorándose al efecto por completo la regulación contenida en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, instrumento claramente aplicable al caso para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

⁷⁷ ECLI:ES:APT:2021:1282.

⁷⁸ El propio artículo 1.2 del Reglamento 1259/2010 recoge una lista de materias a las que el mismo no se aplica, ni siquiera en el caso de que se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio, y entre dichas materias a las que no se aplica al Reglamento se encuentran precisamente las obligaciones alimentarias (letra g).

curso cuando lo explico a los alumnos reconozco que cuesta trabajo tanto su explicación como su comprensión por parte de aquéllos. Lo que no podíamos imaginar es que la dificultad llegase hasta nuestros tribunales y que éstos, no sólo apliquen incorrectamente el Convenio -como hemos visto ya su impropio uso como norma de atribución de competencia judicial internacional-, sino que uno de los errores más llamativos haya sido el dejarlo de aplicar a favor de normas internas o de normas comunitarias que claramente no eran de aplicación, pues veremos que, frente a ellas, hoy en día sigue prevaleciendo el Convenio de La Haya de 1971.

63. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) de 7 de junio de 2018⁷⁹, en el caso de un accidente de circulación por carretera que aconteció en España, pero con un conductor, vehículo y seguro vinculado a Andorra, se determinó la ley aplicable a la responsabilidad derivada del accidente aplicando a tal fin el artículo 10.9 del Código civil, esto es, la norma de conflicto interna española. Sin embargo, siendo competentes los tribunales españoles, para determinar dicha norma éstos debían de haber acudido al Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que, como hemos adelantado, era de aplicación preferente tanto por tratarse de una norma internacional que vincula a España, y que prevalece sobre la norma interna, como su eficacia *erga omnes*⁸⁰. Esto último implica, por un lado, que sea aplicable la norma designada por el Convenio, a pesar de que se trate de la de un Estado no parte en el mismo y, por otro, el desplazamiento de las normas de conflicto internas en la materia (en el caso, el art. 10.9 del Código civil) a favor de la aplicación de las normas del Convenio.

64. De bulto también puede considerarse el error cometido por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) en su sentencia de 17 de enero de 2019⁸¹. En la misma se trató sobre las responsabilidades por los daños derivados de un accidente de circulación por carretera que tuvo lugar en Abra (Portugal). Lo sorprendente fue que, para determinar la ley aplicable, la Audiencia utilizó el Reglamento 846/2007 de 11 de julio, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) “dado que su ámbito de aplicación es el de aquellos supuestos en los que se produzca una reclamación de responsabilidad extracontractual civil y mercantil en la que exista un conflicto de leyes, tal y como determina su artículo 1.1”. Sin embargo, olvidó la Audiencia que el Reglamento Roma II establece en su artículo 28.1 que éste “no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sea parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”. Por ello debería haber tenido en cuenta la Audiencia que España era entonces, y lo continúa siendo, Estado parte del referido Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 y, por lo tanto, dicho Convenio, de eficacia *erga omnes* (art. 11), era de preferente aplicación al Reglamento Roma II para determinar en el caso la ley aplicable⁸².

65. Para cerrar este apartado de desaciertos, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 19 de junio de 2020 también encontramos un error de bulto, de los que no tienen justificación alguna⁸³. En el caso conocen los tribunales españoles, en concreto el Juzgado de Primera

⁷⁹ ECLI: ES:APL:2018:365.

⁸⁰ Efectivamente, el artículo 11 del Convenio de 1971 establece que: “La aplicación de los artículos 1 al 10 del presente Convenio no depende de condición alguna de reciprocidad. El Convenio se aplicará aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante”.

⁸¹ ECLI: ES:APM:2019:773.

⁸² No fue el único error en esta resolución. Indicó además la Audiencia que, “dado que la colisión se produjo fuera de España, en concreto en Portugal, procede determinar cuál es la normativa a aplicar” (F.D. 4º). Pues bien, el hecho de que el accidente tuviera lugar fuera de España no era elemento decisivo para tener que determinar cuál era el ordenamiento aplicable. En efecto, lo decisivo para ello es que se tratase de un accidente con elemento extranjero, elemento que puede ser de naturaleza subjetiva, material o territorial.

⁸³ ECLI: ES:APB:2020:5205. Una magnífica crítica a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona puede verse en F. GARAU SOBRINO, “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”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (Crónica de Derecho internacional privado), núm. 40, 2020, pp.17-24.

Instancia núm. 28 de Barcelona, en relación a una reclamación por los daños derivados de un accidente de circulación ocurrido en una carretera de Portugal en el que se vieron involucrados un camión con matrícula española y otro con matrícula portuguesa. Pues bien, en lo que hace a la determinación de la ley aplicable, la Audiencia, como en la sentencia anterior comentada, declara aplicable el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y en este caso incluso en contra del criterio de las partes, que defendían la aplicación del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera. Para la Audiencia “un Reglamento de la UE siempre prevalecerá sobre un Convenio ya que, de lo contrario, se originarían muchas situaciones en las que los Estados miembros incumplirían los Reglamentos de la UE invocando una Convención particular, o inclusive su derecho interno, provocando inseguridad jurídica y vulnerando así la comunidad de Derecho que conforma la Unión Europea” (F.D. 3^o)⁸⁴.

66. Sin embargo, olvidó la Audiencia que el artículo 28.1 del Reglamento Roma II expresamente permite seguir aplicando los convenios internacionales de carácter multilateral sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales ratificados por los Estados miembros. El precepto se refiere fundamentalmente al citado Convenio de La Haya de 1971 y al Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, ambos ratificados por España. Los convenios internacionales en los que cada Estado miembro es parte debían ser comunicados a la Comisión, así como su denuncia (art. 29.1 Reglamento). El listado de convenios, elaborado a raíz de las notificaciones realizadas por los Estados miembros, fue publicado por la Comisión y, en relación con nuestro país, figuran los citados convenios de La Haya de 1971 y de 1973. Por tanto, y según disposición expresa del Reglamento Roma II, resulta evidente que la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad derivada del accidente de circulación se debió determinar en el caso mediante la aplicación de las normas del Convenio de 1971 y no por las del Reglamento Roma II. A veces, como en el caso, los convenios internacionales prevalecen sobre los reglamentos de la Unión Europea⁸⁵.

3. Otros errores en materia de Ley aplicable

67. Fuera de los sectores específicos que hemos tratado en los dos epígrafes anteriores, donde los errores son particularmente reincidentes, podemos observar otros supuestos donde aparecen evidentes fallos a la hora de determinar la ley aplicable. En concreto, se trata de casos referidos a aspectos como la determinación de la ley aplicable a los apellidos de un menor, a las obligaciones -contractuales o extracontractuales- o a los actos de competencia desleal.

68. Por ejemplo, ello acontece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10^a) de 11 de julio de 2019⁸⁶. En dicha resolución se abordó la cuestión relativa a la ley aplicable a los apellidos de una menor de nacionalidad italiana en relación a la forma de su inscripción en el Registro civil. Para la Audiencia Provincial, constando la nacionalidad italiana de la menor, conforme al artículo 9.1 del Código civil, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, por lo que procedía a la aplicación de la ley italiana a la cuestión debatida; a mayor abundamiento señala la Audiencia que el artículo 219 del Reglamento del Registro civil dispone que el nombre

⁸⁴ Y ello, se expone en la sentencia, teniendo en cuenta además que “en cualquier caso, el Convenio de la Haya de 1971 tampoco resultaría de aplicación porque no ha sido ratificado por Portugal”. En este punto yerra gravemente la Audiencia de nuevo, pues tal afirmación es contraria al referido carácter universal del convenio, proclamado en su artículo 11 (“La aplicación de los artículos 1 al 10 del presente Convenio no depende de condición alguna de reciprocidad. El Convenio se aplicará aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante”). Es decir, resultaba indistinto para su aplicación que la ley aplicable a la responsabilidad fuese la de un Estado parte o la de un tercer Estado, circunstancia que ignora por completo la Audiencia.

⁸⁵ Afortunadamente, la misma Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19^a) en sentencia de 4 de febrero de 2022, en relación a un accidente sucedido en territorio francés entre un vehículo de matrícula española y otro francesa, tiene en cuenta para determinar la ley aplicable el referido Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 y no el Reglamento Roma II (ECLI:ES:APB:2022:978).

⁸⁶ ECLI: ES:APV:2019:2934.

y apellidos de un extranjero se rigen por su ley personal. Sin embargo, olvidó la Audiencia que España es Estado parte del Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980⁸⁷ y, como resalta A. RODRÍGUEZ BENOT, este Convenio ofrece un especial relieve por su eficacia *erga omnes*, lo que significa que sus soluciones desplazan a las establecidas en nuestro sistema de Derecho internacional privado en defecto de instrumento supraestatal, esto es, a los artículos 9.1 del Código civil y 219 del Reglamento del Registro civil⁸⁸. Por lo tanto, la determinación de la ley aplicable a los apellidos debió establecerse a través del Convenio de Munich de 1980, y no del artículo 9.1 del Código civil.

69. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 13 de mayo de 2021 encontramos otro error de bulto a la hora de determinar el instrumento adecuado en materia de ley aplicable⁸⁹. En el caso, los demandantes, de nacionalidad española, interpusieron demanda contra una entidad bancaria española a fin de que se declarase su responsabilidad en cuanto al pago de las cantidades entregadas a cuenta de la compra de dos viviendas que no fueron construidas en Brasil, habiéndose suscrito al efecto dos contratos de compraventa de viviendas en construcción con una promotora brasileña sita en el municipio de Touros, Natal, Estado de Rio Grande del Norte (Brasil).

70. Así las cosas, se discutía si la responsabilidad en juego lo era de carácter contractual o extracontractual (clásico problema calificadorio), con la trascendencia que ello pudiera tener de cara a la determinación de la ley aplicable. Y, para la Audiencia Provincial, además de ciertos hechos que constaban en las actuaciones⁹⁰, debía tenerse en cuenta que en el supuesto que nos ocupa la responsabilidad de la demandada dimanaba de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y no de relación contractual alguna entre los litigantes por lo que “no sería aplicable en el artículo 10.5 CC, relativo a las obligaciones contractuales, sino más bien el contemplado en el punto 9º del artículo 10 CC, referente a la obligaciones no contractuales, que efectúa una remisión a la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”. Se consideró que esto último se correspondía con el lugar de pago de las cantidades entregadas a cuenta del precio final de la venta, en este caso España, por lo que el litigio debía de resolverse con arreglo al Derecho español.

71. Pues bien, lo lamentable es que, se considere contractual o extracontractual la responsabilidad en juego, en todo caso la determinación de la ley aplicable se debería haber realizado aplicando bien el Reglamento 593/2008 -Roma I- (y no el art. 10.5 CC) o bien el Reglamento 864/2007 -Roma II- (y no el art. 10.9 CC), pues ambos Reglamentos tienen eficacia universal o *erga omnes* (arts. 2 y 3, respectivamente), y, como ya hemos reiterado, ello en la práctica ha supuesto el desplazamiento de las normas internas en sus respectivos ámbitos materiales a favor de la aplicación de los Reglamentos. Nuevamente por lo tanto nos encontramos ante un lamentable mal uso de las fuentes de Derecho internacional privado, dando preferencia a la aplicación de unas normas internas que, claramente, habían sido desplazadas a un segundo plano por los referidos instrumentos comunitarios, concurriendo en el caso todos los requisitos para la aplicación de estos⁹¹.

⁸⁷ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

⁸⁸ *Manual de Derecho internacional privado*, cit., p. 171. En todo caso, el criterio de conexión principal utilizado por el Convenio para determinar el ordenamiento aplicable a la concreción del nombre y apellidos de una persona es el de su nacionalidad (art. 1.1), por lo que el resultado en la práctica sería el mismo que si se aplicase el artículo 9.1 del Código civil, aunque ello en nada justifique el mal proceder de la Audiencia Provincial de Valencia al no usar la norma adecuada para la determinación de la ley aplicable.

⁸⁹ ECLI:ES:APA:2021:1052.

⁹⁰ Así, el hecho de que los litigantes eran de nacionalidad española, de que la demandada estaba sometida en su actuación a controles del Banco de España, de que los ingresos a cuenta se realizaron en nuestro país y no consta que hubiesen transferido al extranjero o de que el contrato de apertura de cuenta corriente en virtud del que la entidad financiera prestaba sus servicios tanto al cliente como a terceros se regía por la normativa nacional (F.D. 3º, pfo. 2º).

⁹¹ Y para mayor gloria, hemos de indicar que el mismo error se reiteró en la posterior sentencia de la misma Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 16 de junio de 2021, en la resolución de un supuesto idéntico al que ahora tratamos (ECLI:ES:APA:2021:1243).

72. Interesante también es el asunto tratado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 2 de julio de 2021⁹². En ella se abordó la cuestión relativa a la ley aplicable en el marco de un litigio sobre presuntos actos de competencia desleal entre dos empresas españolas, aunque los efectos de los actos de competencia desleal se habían materializado en Brasil. Pues bien, sobre la determinación de la ley aplicable, la parte apelada sostenía -adecuadamente a nuestro entender- la aplicación del artículo 6.1 del Reglamento 864/2007 (Roma II) relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, a cuyo tenor la ley aplicable debería ser la brasileña, porque era ese el territorio en el que se habría producido la actuación desleal. Sin embargo, la Audiencia realiza al respecto dos observaciones que, a nuestro entender, no procedían:

73. Por un lado, cuestionó la aplicación del Reglamento Roma II dado que “se trata de una contienda entre sujetos españoles por actuaciones concurrenciales que proyectan sus efectos en un marco ajeno al espacio europeo (Brasil)”. Pero olvida la Audiencia que el Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que “comportan un conflicto de leyes” (art. 1.1)⁹³. Y es indudable que en el supuesto tratado concurría un “conflicto de leyes” entre la ley española (nacionalidad y domicilio de las partes) y la ley brasileña (lugar de manifestación de los actos de competencia desleal).

74. Y, por otro lado, en consonancia con lo anterior, procedió la Audiencia a aplicar la normativa interna española sobre Derecho internacional privado, la cual conduciría a una consecuencia que, en su resultado final, venía a coincidir con la predicada por el Derecho brasileño. En efecto, para la Audiencia, a tenor de lo previsto en el artículo 10.9 del Código civil, las obligaciones no contractuales se rigen por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven. En definitiva, finaliza la Audiencia señalando que “nos vemos abocados a tener en cuenta, en principio, la regulación brasileña, puesto que en Brasil vendrían a coincidir tanto la *lex loci delicti commissi* como la *lex loci damni*”. Pues bien, por un lado, el artículo 10.9 de Código civil no sería aplicable dada la eficacia *erga omnes* del Reglamento Roma II (art. 3) y, por otro, caso de que -erróneamente- se entendiera aplicable, no sería requisito de su aplicación que su resultado final tuviera que coincidir con el que resultase de la regulación contenida en las normas de citado Reglamento.

IV. Errores en el campo del reconocimiento y ejecución de decisiones

75. Y no podíamos terminar de cerrar el círculo de errores sin hacer referencia al importante sector del reconocimiento y ejecución de decisiones. Con ello veremos que tanto el sector del Derecho procesal civil internacional, donde se incluye la materia que ahora tratamos, como el de la Ley aplicable, sectores nucleares del contenido del Derecho internacional privado, no se han librado en los últimos años de ser objeto de sorprendentes resoluciones por parte de los tribunales españoles.

76. Un caso ciertamente sorprendente, por la categoría del tribunal que conoció, es el tratado por el Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) en su auto de 10 de junio de 2015 (Rec. 79/2015)⁹⁴, donde resuelve una cuestión negativa de competencia territorial entre un Juzgado Primera Instancia de Móstoles y otro de Huelva en relación a la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia en cuanto al cumplimiento de una obligación de alimentos a favor de una menor al amparo del Reglamento 4/2009. Lo curioso de esta rocambolesca resolución es que, lo que se pretendía, era el reconocimiento y ejecución en España de una resolución sobre alimentos dictada por un tribunal español. Pues bien, para

⁹² ECLI:ES:APM:2021:10275.

⁹³ Existe un conflicto de leyes cuando del supuesto litigioso resulte que, al menos, concurren dos ordenamientos que puedan tener interés en la aplicación de su ordenamiento, esto es, que exista una duda sobre cuál de los ordenamientos en presencia puede resultar el aplicable.

⁹⁴ ECLI:ES:TS:2015:5507A.

el Tribunal Supremo, la presente cuestión de competencia debía de resolverse, de acuerdo con el informe del Ministerio fiscal, declarando la competencia del Juzgado de Primera instancia nº 7 de Huelva, en aplicación del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos” (FD único, p. 1º)⁹⁵. Por lo tanto, y de manera sorprendente, para determinar la competencia territorial del tribunal de ejecución se acude por nuestro Alto Tribunal a los criterios atributivos de competencia internacional para conocer de las demandas de alimentos, cuando, lo que se estaba solicitando, de una manera incomprensible, era “el reconocimiento y ejecución” en España de una sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia de Móstoles⁹⁶.

77. Otro supuesto también muy curioso, por llamarlo de una manera suave, es el resuelto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 28 de junio de 2018⁹⁷. En dicho caso se trató sobre la ejecución en España de una sentencia inglesa dictada por la *Queen’s Bench Division* de la *High Court of Justice*, siendo *ratione temporis* aplicable a tal efecto el Reglamento 44/2001. Pues bien, según la Audiencia, el referido Reglamento se remite al derecho interno en cuanto a la modalidad de solicitud de ejecución (art. 40.1) y ello, según la Audiencia Provincial, en el caso tratado, “daría lugar a la aplicación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil” (F.D. 2º, aptdo. 20), aplicando en consecuencia las normas de dicha Ley a la ejecución de la resolución inglesa.

78. Así las cosas, llama poderosamente la atención que la Audiencia Provincial desconociera que, cuando el Reglamento 44/2001 establece que la modalidad de solicitud de ejecución se rige por el derecho interno de cada Estado miembro, se está refiriendo a las normas procesales sobre ejecución, esto es, en el caso español, a las normas contenidas en los artículos 538 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil. Pero en ningún caso se está refiriendo a la Ley 29/2015, que lo que contiene es el procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjero para los casos en los que no sea aplicable un instrumento supraestatal, que precisamente en este supuesto lo constituía el Reglamento 44/2001. En definitiva, un sinsentido total, pasar la regulación de un instrumento supraestatal a uno puramente interno, que sólo se aplica en defecto del primero, que precisamente se aplicaba en el caso comentado.

79. El auto de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª) de 22 de octubre de 2020⁹⁸, confirmando el criterio del Juzgado de Primera Instancia, declaró la inadmisión a trámite de una demanda de exequátur de una sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Aaiún (Marruecos). Lo curioso de esta resolución es que la inadmisión se basó en el artículo 54.4. de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, cuando se trataba de un caso donde se debía haber aplicado el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997, el cual, en los artículos 22 y siguientes regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre ambos Estados. Y ello con independencia de que la aplicación del Convenio quizás hubiera llevado en la práctica al mismo resultado final⁹⁹. Pero como ya hemos indicado, aquí no vale eso de que todos los caminos conducen a Roma.

⁹⁵ Pero lo que no queda claro de la lectura de la resolución del Tribunal Supremo es que se declare la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Huelva, pero no sabemos para conocer de qué proceso, si del de “reconocimiento y ejecución” de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles o de la demanda original de alimentos.

⁹⁶ Una demoledora crítica del citado auto del Tribunal Supremo, llena de ironía, puede verse en el Blog de F. GARAU SOBRINO en su edición de 22 de mayo de 2016. Su lectura resulta altamente recomendable: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2016/05/al-tribunal-supremo-y-mas-gente-se-le.html>.

⁹⁷ ECLI: ES:APB:2018:3802.

⁹⁸ ECLI: ES:APBI:2020:734A.

⁹⁹ Pues el artículo 23 del Convenio requiere que la resolución haya adquirido autoridad de cosa juzgada y haya llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que hubiera sido dictada, siendo el incumplimiento de tal requisito uno de los motivos por los cuales la Audiencia declaró procedente la inadmisión de la demanda con fundamento en la Ley 29/2015.

80. Y, *last but not least*, hemos de referirnos al caso abordado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 16 de julio de 2021¹⁰⁰, en el cual se trataba de la ejecución en España de una resolución judicial dictada en Túnez y que condenaba al pago de una pensión de alimentos. Lo curioso de esta sentencia es que para fundamentar la ejecución se basase el tribunal en el Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, invocando a tal efecto sus artículos 1 y 2, de los cuales en momento alguno se desprende su aplicación al caso.

81. Parece que desconocía la Audiencia que, en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, tal como les insisto a mis alumnos que sucede en todos los instrumentos comunitarios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, es requisito para la aplicación del Reglamento 4/2009 que la resolución de origen haya sido dictada por una autoridad de un Estado miembro. Incluso el artículo 2 invocado por la Audiencia indica expresamente que por “resolución” ha de entenderse cualquier resolución en materia de obligaciones de alimentos “dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro”¹⁰¹. Ha de señalarse que, como mal menor, la Audiencia, a modo de *totum revolutum*, también fundamenta la ejecución en el Convenio hispano tunecino de 24 de septiembre de 2001, de asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales¹⁰², que era el instrumento que realmente procedía utilizar en el presente supuesto atendiendo a la localización del tribunal de origen.

V. Errores sobre las consecuencias ante la falta de prueba del Derecho extranjero

82. Para concluir, un campo donde a nuestro entender la jurisprudencia se muestra particularmente errónea es el que se refiere a la prueba del Derecho extranjero ante nuestros tribunales y, en particular, en lo que respecta a la solución que procede en el caso de la falta de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por nuestra norma de conflicto. En este ámbito parece que la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, venía a poner un poco de orden y dar solución a un problema endémico en nuestro sistema. En efecto, su artículo 33.3 nos indica 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”.

83. Una interpretación lógica, exegética e histórica del referido precepto podía darnos a entender que la tradicional solución ofrecida por nuestra jurisprudencia consistente en la aplicación subsidiaria de la Ley española ante la falta de prueba del Derecho extranjero, independientemente de las circunstancias de cada caso, pasaría a convertirse en algo excepcional, estando a partir de ahora solo prevista para casos muy concretos¹⁰³. Sin embargo, un amplio recorrido por la jurisprudencia de nuestras audiencias provinciales posterior a la entrada en vigor del artículo 33.3 de la Ley 29/2015 pone de manifiesto que, por desgracia, las cosas parece que no han cambiado sustancialmente, pues la gran mayoría de resoluciones siguen apostando a día de hoy por la aplicación subsidiaria de la Ley española en estos casos, y ello además con un carácter casi automático, si tener para nada en cuenta las particulares circunstancias que presentan cada supuesto.

¹⁰⁰ ECLI:ES:APB:2021:7630A.

¹⁰¹ En concreto, el artículo 16 del Reglamento 4/2009 se refiere a la ejecución de resoluciones “contempladas en el Reglamento”, esto es, como hemos indicado, a las dictadas en un Estado miembro, tanto a los vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 como a los no vinculados por el referido Protocolo.

¹⁰² BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

¹⁰³ Posición mantenida, entre otros, por A. RODRÍGUEZ BENOT y A. YBARRA BORES en “Las nuevas reglas sobre información y prueba del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 150 (septiembre-diciembre de 2017), pp. 1351-1394 y por P. DIAGO DIAGO en “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 17, 2017, págs. 533-560.

84. Pues bien, para un análisis en profundidad de esta controvertida cuestión, en este punto nos hemos de remitir íntegramente a nuestro reciente trabajo publicado en *Cuadernos de Derecho Transnacional* sobre la prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁰⁴. En dicha publicación abordamos en profundidad la -lamentable- situación existente en la actualidad en nuestro sistema en relación a la referida cuestión, y ello a pesar de que han transcurrido ya más de seis años desde la entrada en vigor del referido texto. Pero desgraciadamente en la práctica casi todo sigue igual.

VI. Conclusiones

85. Resulta algo desolador el panorama que hemos expuesto. No se trata de resoluciones puntuales, las equivocaciones son reiteradas y, además, de gran calado, y son errores que tocan el núcleo de nuestro sistema de Derecho internacional privado. Es evidente que debe procederse a una corrección de la línea jurisprudencial: llevamos ya más de veinte años inmersos de lleno en el proceso de comunitarización del Derecho internacional privado impulsado a raíz del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997. La globalización de los negocios y de las relaciones humanas no se detiene, cada día todo es un poco más internacional, y ello requiere que las autoridades judiciales manejen con soltura la aplicación de los múltiples instrumentos de los que se vale el Derecho internacional privado para llevar a cabo su misión principal, esto es, el procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas.

86. Tradicionalmente la materia objeto de Derecho internacional privado en el temario de las oposiciones a jueces ha sido ciertamente limitada, y ahí puede encontrarse quizás el primer obstáculo con el cual topamos si queremos aspirar a una judicatura de calidad para que los litigios internacionales sean resueltos en los términos que merecen. Sin embargo, es de justicia destacar que en los años más recientes se ha introducido en las oposiciones a judicatura un mayor volumen de materia de la disciplina internacionalprivatista. Así, en el programa completo aprobado para las pruebas selectivas de ingreso en las carreras judicial y fiscal en noviembre de 2021¹⁰⁵, comprobamos que encontramos materia de Derecho internacional privado tanto entre los temas de Derecho civil como en los de Derecho procesal civil.

87. Así, en lo que respecta a los temas de Derecho civil podemos ver los siguientes aspectos: a) una “breve referencia” a las obligaciones contractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento (CE) 593/2008 (tema 33); b) una “breve referencia” a las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento (CE) 864/2007 (tema 64); c) una “breve referencia” a los Reglamentos 2201/2003 y 1259/2010 (tema 69); d) el régimen matrimonial de bienes en el Derecho Internacional Privado (tema 73); el establecimiento de la filiación en el Derecho internacional privado (tema 75); la sucesión *mortis causa* en la normativa de la Unión Europea (tema 81); las sucesiones en el Derecho Internacional Privado: “breve referencia” al Reglamento (UE) 650/2012 (tema 92)¹⁰⁶.

88. Y por lo que hace a los temas de Derecho procesal civil también encontramos materia de Derecho procesal civil internacional: a) la «competencia judicial internacional»: concepto, normas internas y tratados internacionales sobre «competencia internacional»; su tratamiento procesal; convenios

¹⁰⁴ A. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, V. 14, núm. 1 (2022), pp. 525-558.

¹⁰⁵ Véase al respecto al programa completo aprobado por la Comisión de selección prevista en el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su reunión de 20 de septiembre de 2021, ratificado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia, para las pruebas selectivas de ingreso en las carreras judicial y fiscal que se convocarán en el año 2021: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Anuncios/Acceso-a-la-carrera-judicial--Juez--Fiscal-2021--Avisos-y-notas-informativas--Temario-oficial-aprobado-por-la-Comision-de-Seleccion-de-20-de-septiembre-de-2021-para-las-pruebas-selectivas-de-ingreso-en-las-carreras-judicial-y-fiscal-que-se-convocaran-en-el-ano-2021>

¹⁰⁶ El entrecomillado de las “breves referencias” es nuestro.

internacionales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (tema 11); b) la restitución de menores en supuestos de sustracción internacional (tema 36); c) el título ejecutivo y sus clases; el título ejecutivo europeo; ejecución de resoluciones extranjeras en el espacio judicial europeo; ejecución de laudos arbitrales nacionales y extranjeros (tema 45); normas comunes de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria: normas de derecho internacional privado y normas de tramitación (tema 55).

89. Resulta por lo tanto evidente que actualmente el Derecho internacional privado no es en modo alguno ajeno al temario de las oposiciones a judicatura, y esperemos que ello de sus frutos en un futuro cercano y de lugar a resoluciones judiciales de calidad en este complejo sector del ordenamiento. De hecho, contamos con muy recientes resoluciones de audiencias provinciales que son de elogiar, con un tratamiento excelso de las cuestiones de Derecho internacional privado: así, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12) de 9 de febrero de 2022¹⁰⁷; de Madrid (Sección 24^a) de 28 de enero de 2022¹⁰⁸; de Pontevedra (Sección 6^a) de 21 de febrero de 2022¹⁰⁹, de San Sebastián (Sección 2^a) de 17 de enero de 2022¹¹⁰, de Barcelona (Sección 12^a) de 2 de diciembre de 2021¹¹¹; de Ciudad Real (Sección 2^a) de 30 de noviembre de 2021¹¹², o de Madrid (Sección 24^a) de 8 de noviembre de 2021¹¹³. En todas ellas se maneja de forma magistral lo relativo a competencia judicial internacional y ley aplicable en relación a los diversos aspectos que concurren en los siempre complejos litigios en materia de Derecho de familia internacional.

90. No obstante esta indudable mejoría, se podría hacer una doble crítica: a) Por un lado, se expone la materia a cuentagotas al final de ciertos temas y sin ligazón alguna entre unos y otros, al margen de tratarse a modo de “breve referencia”; en este sentido no estaría quizás de más un tema, o al menos una pregunta de carácter generalista en algún tema, donde se abordase cómo debe acometerse la aplicación del sistema de derecho internacional privado, con tratamiento de sus peculiares métodos y técnicas, algo en lo que hemos visto que los errores de nuestros tribunales son frecuentes¹¹⁴. b) Por otro lado, y como una crítica menor, quizás se echa en falta la inclusión de alguna materia de Derecho internacional privado en los temas de Derecho mercantil (por ejemplo, en relación con los concursos internacionales, cada día más numerosos y complejos) y de Derecho laboral (siendo la internacionalización de las relaciones laborales un hecho indudable), temas donde no se hace la más mínima referencia al ámbito internacional.

91. Pero hemos podido comprobar que no sólo hay cierta deficiencia en la preparación de los jueces en esta materia, donde además la formación continua debería ser esencial¹¹⁵, sino que el problema de la carencia de formación especializada en este campo se aprecia también en otros profesionales del Derecho, en particular en la abogacía¹¹⁶. No es infrecuente, y también hemos tenido ocasión de verlo en el presente trabajo, la deficiente fundamentación de las cuestiones de Derecho internacional privado

¹⁰⁷ ECLI:ES:APB:2022:1254.

¹⁰⁸ ECLI:ES:APM:2022:1243.

¹⁰⁹ ECLI:ES:APPO:2022:249A.

¹¹⁰ ECLI:ES:APSS:2022:204^a.

¹¹¹ ECLI:ES:APB:2021:15144.

¹¹² ECLI:ES:APCR:2021:1361.

¹¹³ ECLI:ES:APM:2021:12279.

¹¹⁴ En definitiva, de poco sirve introducir materias de Derecho internacional privado -a modo de compartimentos estancos- si luego no se maneja adecuadamente la correcta articulación del sistema.

¹¹⁵ Y nos consta que en la actualidad se está trabajando en ello. Así, dentro del Programa de actividades del Plan Estatal en materia de formación continua y especialización de miembros de la Carrera Judicial del Consejo General del Poder Judicial, aparece como área temática específica la de “Formación en Derecho Europeo”, encontrándose entre sus objetivos, conforme a las prioridades formativas de la Comisión Europea, el mejorar los conocimientos de los instrumentos de cooperación judicial internacional (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Continua/>).

¹¹⁶ Por el objeto del trabajo, que se centra en un análisis crítico de la doctrina emanada de las audiencias provinciales, hemos dejado al margen la intervención de notarios y registradores en la aplicación del sistema de Derecho internacional privado, viéndose reflejado principalmente en las resoluciones de la actual Dirección General de la Seguridad Pública y Fe Pública. Pero ello daría para otro trabajo.

tanto en las demandas como en las contestaciones a las demandas, o a la hora de plantear los recursos. Si hemos indicado que el temario de las oposiciones a jueces y fiscales ha mejorado sustancialmente respecto a la materia que abordamos, en los temarios de las pruebas de acceso a la profesión de abogado del Ministerio de Justicia la presencia del Derecho internacional privado podemos decir que es meramente testimonial¹¹⁷.

92. Con este panorama, contamos además con la realidad de que no suelen llegar al Tribunal Supremo muchos asuntos en materia de Derecho internacional privado. Y ello puede estar motivado, aparte de por las limitaciones propias del acceso al recurso de casación, por el dato de que sin una abogacía que maneje con cierta soltura esta compleja materia difícilmente se podrá llegar al Alto Tribunal que, en definitiva, es quien debería marcar las pautas generales de la práctica de nuestra disciplina. Lo cierto es que, desgraciadamente la gran mayoría de asuntos mueren en las audiencias provinciales, dando lugar a la diversidad de equivocados posicionamientos que hemos tenido ocasión de analizar y, en definitiva, quedándonos huérfanos de una auténtica jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del Código civil.

93. Como decíamos al inicio, con el presente trabajo hemos pretendido, en primer lugar, poner en evidencia el criticable panorama existente en la jurisprudencia menor en torno a la aplicación de nuestro sistema de Derecho internacional privado; en segundo término, que la crítica realizada resulte de cierta utilidad para los propios operadores jurídicos, en particular jueces y abogados y, por último, que al hilo de lo expuesto se pueda propiciar un clima de reflexión a fin de que la situación se pueda revertir en futuro no muy lejano, de manera que nos encontremos con un mayor número de resoluciones judiciales de calidad en este espinoso sector del ordenamiento. Si la valoración de los puntos primero y segundo se encuentra en manos del lector, el resultado práctico del desiderátum contenido en el último sólo el transcurso del tiempo nos los dirá.

¹¹⁷ Así, en los temas que integran la materia específica “civil y mercantil”, que es donde mejor podría tener su ubicación natural las cuestiones de Derecho internacional privado, solo aparece un tema dedicado a la materia, el 16, titulado “Cooperación judicial civil internacional. Las relaciones jurídico-privadas internacionales” (BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2021). Por el contrario, frente a la crítica que hacíamos al temario de oposiciones a la carrera judicial, en este caso sí existe un tema de carácter generalista donde se debe aprender a manejar la *sui generis* metodología del Derecho internacional privado. Pero para ser más efectivo creemos que ello debería ir acompañado de una referencia, al menos básica, a las principales normas de Derecho internacional privado en relación a cada institución al hilo del estudio de las distintas materias.

La sentencia del caso Intel o cómo el Derecho de la competencia no responde a la realidad actual*

The judgment in the Intel case or how Competition law does not respond to the current reality

AITOR ZURIMENDI ISLA
Catedrático de Derecho Mercantil
UPV/EHU

Recibido: 13.06-2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7210

Resumen: La sentencia del Tribunal General de 26-1-2022 anula la Decisión de la Comisión del caso Intel y establece un sistema de distribución de carga de la prueba que en la práctica supone un gran obstáculo para que las Autoridades de la Competencia puedan frenar de forma efectiva el abuso de posición de dominio de empresas digitales. En este trabajo se analiza la sentencia, el modelo ideal del sistema de carga de la prueba para el abuso de dominio y se propone una reforma del mismo.

Palabras clave: Abuso de posición de dominio, carga de la prueba, Derecho de la competencia.

Abstract: The judgment of the General Court of 26.1.2022 overrides the Decision of the Commission in the Intel case and establishes a system of distribution of the burden of proof that in practice supposes a great obstacle for the Competition Authorities to stop effectively the abuse of dominant position of digital companies. This paper analyzes the sentence, the ideal model of the burden of proof system for the abuse of dominant position, and proposes its reform.

Keywords: Abuse of dominant position, burden of proof, Competition law.

Sumario: I. Introducción. II. Los descuentos por fidelidad. 1. Efectos económicos y modelo regulatorio eficiente. 2. No aumento de precios a corto plazo, ¿no conducta abusiva?. III. La carga de la prueba. 1. Criterio del Tribunal General. 2. Criterio de las orientaciones de aplicación del artículo 102. 3. Necesidad de reforma: sistema de presunciones. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. La reciente sentencia del Tribunal General de la UE de 26 de enero de 2022 evidencia la relevancia del debate que a día de hoy se está desarrollando en torno a si el derecho de la competencia es capaz de responder de forma eficaz al dinamismo de los mercados digitales o si deben producirse reformas sustanciales para ello. En concreto, el caso es un ejemplo de la necesidad de un régimen jurídico del abuso de posición de dominio más sencillo y adaptado a las circunstancias de las grandes empresas tecnológicas; en especial, en lo que se refiere a las normas sobre distribución de la carga de la prueba. El

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Asimismo, el autor forma parte un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco.

sistema vigente y un excesivo recelo y formalismo por parte del Tribunal en su aplicación, ha propiciado en la práctica que una de las pocas conductas anticompetitivas en mercados digitales que habían sido castigadas con una multa que al menos podía suponer cierta disuasión para la sancionada, haya quedado finalmente libre de todo reproche jurídico.

2. El caso contemplado en la sentencia viene de lejos y ha sufrido uno de los vaivenes procesales más sonados que se recuerden; proceso que aún no ha terminado¹. La Comisión europea comenzó a realizar actuaciones (inspecciones) en los años 2004 y 2005 a raíz de una denuncia de la empresa AMD, competidora de Intel, si bien hasta el 13 de mayo de 2009 no se aprobó la Decisión que sancionaba a la empresa. Según el propio resumen que hace la nota de prensa de la sentencia, en ella, *“la Comisión Europea impuso al fabricante de microprocesadores Intel, con una cuota de aproximadamente un 70 % de mercado, una multa de 1.060 millones de euros por haber abusado de su posición dominante en el mercado mundial de los procesadores 2 x86, entre octubre de 2002 y diciembre de 2007, al haber aplicado una estrategia destinada a excluir a los competidores del mercado.*

3. Según la Comisión, ese abuso se caracterizaba por dos tipos de conductas comerciales adoptadas por Intel respecto a sus socios comerciales: las restricciones manifiestas y los descuentos condicionales. Por lo que se refiere, en particular, a estos últimos, Intel supuestamente concedió descuentos a cuatro fabricantes estratégicos de equipos informáticos originales [Dell, Lenovo, Hewlett-Packard (HP) y NEC], a condición de que le compraran a ella la totalidad o la casi totalidad de los procesadores x86. Asimismo, se imputaba a Intel haber efectuado pagos a un distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos (Media-Saturn-Holding) a condición de que este vendiera exclusivamente ordenadores equipados con procesadores x86 de Intel. Estos descuentos y pagos («descuentos controvertidos») presuntamente garantizaron la fidelidad de los cuatro fabricantes de equipos y de Media-Saturn y, de este modo, redujeron notablemente la capacidad de los competidores para ejercer una competencia basada en los méritos de sus propios procesadores x86. Por tanto, la Comisión consideró que la conducta contraria a la competencia de Intel había contribuido a reducir la oferta para los consumidores y los incentivos a la innovación”.

4. El recurso interpuesto por Intel contra esa Decisión fue desestimado en su totalidad por el Tribunal General mediante sentencia de 12 de junio de 2014. Sin embargo, Intel recurrió en casación ante el Tribunal de Justicia, que en su sentencia de 6 de septiembre de 2017, anuló dicha sentencia y devolvió el asunto al Tribunal General. La razón fue que el Tribunal General incurrió en error de derecho y que tanto él como la Comisión partieron de los efectos exclusionarios de los descuentos practicados y no atendieron o estudiaron con el debido detenimiento las alegaciones que hizo Intel sobre los fallos de la Comisión al evaluar si concurría el test AED (denominado en inglés *“as efficient competitor test”*). Dicho test consiste en medir si realmente ante ese comportamiento por parte del operador dominante, un competidor eficiente sale del mercado. Para Intel, los errores que se hicieron en este análisis y que fueron alegados por ellos, fueron determinantes para concluir que los descuentos no perjudicaban al consumidor ni reducían la competencia. Por tal razón, el Tribunal de Justicia devolvió el asunto al Tribunal General ordenando que se pronunciase y estudiase las alegaciones de Intel sobre la capacidad de los descuentos para eliminar competidores actuales o potenciales (efecto exclusionario).

5. En esta tesitura, el Tribunal General procede a analizar más en profundidad las alegaciones de Intel, y esto le hace anular su anterior sentencia por considerar que la Comisión no realizó un análisis probatorio suficiente según los estándares legales de distribución de carga de la misma. No haber tenido en cuenta o haber respondido suficientemente a las alegaciones sobre el test AEC y las circunstancias que rodearon a los descuentos, le hacen concluir que no quedó debidamente acreditado que los descuentos tuvieron consecuencias anticompetitivas. En concreto, y según el resumen que hace de la sentencia

¹ La sentencia del Tribunal General ha sido recurrida en casación por la Comisión Europea el 5 de abril de 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0240&from=ES>

la nota de prensa, en primer lugar, “*si bien los descuentos ofrecidos por una empresa dominante pueden calificarse como una restricción a la competencia, se trata de una mera presunción y no de una infracción per se del artículo 102 TFUE.*”

6. En segundo lugar, si durante el procedimiento administrativo la empresa dominante consigue ofrecer otra explicación plausible de los hechos, la Comisión está obligada, como mínimo, a analizar la capacidad exclusoria de los descuentos aplicando cinco criterios: (i) la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado relevante; (ii) el porcentaje del mercado cubierto por la práctica imputada; (iii) las condiciones y las modalidades de los descuentos en cuestión; (iv) su duración y su importe, y, (v) la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes.

7. Con esto, el Tribunal General esclareció la carga de la prueba y el estándar de prueba requeridos a la hora de evaluar esta clase de prácticas. Por un lado, si las empresas implicadas ofrecen una explicación plausible de los hechos, la supuesta infracción en cuestión no ha quedado suficientemente demostrada. Por otra parte, cuando la Comisión provee pruebas para demostrar la existencia del ilícito, corresponde a las empresas afectadas demostrar que el valor probatorio de esas pruebas es insuficiente. En caso de duda, la carga de la prueba debería recaer en la Comisión”.

8. En resumen, un supuesto en el que se comienza a actuar en 2004 y en el que sin necesidad de un profundo análisis, por el estado del conocimiento de la economía y de la experiencia acreditada hasta la fecha, se aprecian efectos exclusionarios a medio y largo plazo que perjudican a la persona consumidora, finaliza de un modo contrario al interés general por un formalismo. Esto es, el sistema de distribución de la carga de la prueba vigente según el Tribunal, lleva a un resultado contrario a la libre competencia, o eso parece². Procede por ello analizar si este resultado no acorde con los efectos económicos del comportamiento analizado deriva de una actuación sustancialmente negligente y absolutamente no garantista de la Comisión europea. O incluso si dicho sistema de distribución de la carga de la prueba es realmente el vigente sin lugar a la duda. O si esto es así, si es necesaria alguna reforma legal que lo cambie y lo adecúe a una realidad actual en la que los medios probatorios, humanos y técnicos de los grandes gigantes tecnológicos son mayores que los que disponen las autoridades de competencia, incluso si se trata de la Comisión Europea.

II. Los descuentos por fidelidad

1. Efectos económicos y modelo regulatorio eficiente

9. En el caso Intel, la empresa ofrecía descuentos a los cuatro principales fabricantes de equipos (DELL, HP, NEC, LENOVO), siempre y cuando adquirieran sus microprocesadores de forma exclusiva o cuasi exclusiva, según los casos. Asimismo, ideó un sistema de pagos con un distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos (Media-Saturn-Holding), a condición de que éste vendiera únicamente productos equipados con microprocesadores de Intel. En definitiva, a través de estas cláusulas, Intel consigue cuasi exclusivas y fidelidad a costa de impedir el acceso al mercado a su competidor e incluso competidores potenciales, ofreciendo un buen precio al distribuidor y productores. De este modo, el consumidor tendrá

² Incluso quienes criticaban desde el inicio los pronunciamientos de la Decisión de la Comisión en este caso, como F. DIEZ ESTELLA, “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la decisión Intel, de 13 de mayo de 2009”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), acaban reconociendo que “el hecho de pagar para que un distribuidor excluya de sus catálogos y sus lineales los productos de un competidor, así como implementar un sistema de descuentos a fabricantes tal que se vea forzado a adquirir la totalidad o la práctica totalidad de sus insumos de una empresa en posición dominante, nos parece que dista mucho de ser «competencia en los méritos» basada en mejor calidad o precios más atractivos, y da la impresión más bien de ser una conducta anticompetitiva encaminada a eliminar a un rival del mercado”, apartado VII.

menos oferta a su disposición, si bien es posible que la bajada del precio del microprocesador pudiera repercutir, al menos en un corto o medio plazo, en una bajada del precio final del producto.

10. En realidad, el derecho de la competencia se ha preocupado hace tiempo de los efectos de estos descuentos por fidelidad. Aunque en muchos de estos casos no estemos en sentido jurídico estricto ante una cláusula de prohibición de competencia, su efecto práctico es idéntico, puesto que supone limitar la capacidad del comprador de adquirir productos competidores y conseguir que el comprador prácticamente se ciña a operar con ese único proveedor, cerrando el mercado y eliminando competidores, especialmente si el operador beneficiado por los mismos tiene una cuota relevante del mercado y los descuentos se prolongan por cierto tiempo³. Ciertamente, dichas cláusulas pueden ser un medio útil para reducir costes de transacción al concentrar operaciones en ciertos clientes y reducir así el coste de gestión y ejecución por unidad o para vencer los problemas de parasitismo o cautividad⁴. Pero dicho efecto solo en contadas ocasiones puede repercutir en el consumidor en una bajada de precios, lo que además resulta imposible cuando la cuota de mercado sea alta, como sucede en el caso Intel donde su posición de mercado es de dominio. Por dicha razón, el conocimiento económico compartido y estandarizado propone que dichos acuerdos son muy mayoritariamente anticompetitivos, y que por tanto deberían resultar ilegales en la gran mayoría de los casos, especialmente si uno de los operadores tiene una cuota de mercado relevante. Por esto, por ejemplo, los descuentos por fidelidad que provocan en la práctica un efecto similar a una prohibición de competencia, se incluyen en el artículo 5.a del Reglamento 720/2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y por tanto se presumen ilícitos⁵.

11. Ante las anteriores premisas compartidas por los economistas, si pretendemos que el derecho de la competencia se impregne del “*more economic approach*” y responda así de la forma sencilla y eficaz a la realidad económica para tener mercados más competitivos y favorables a los operadores eficientes, debería presumir ilegales los descuentos por fidelidad, al menos cuando la cuota de mercado del operador beneficiado sea relevante. Si en el 90 % de los casos tales descuentos perjudican a la competencia, la norma, para ser eficiente, debe corresponder a esa realidad, y presumir que tal comportamiento es ilegal, salvo prueba en contrario. De no ser así, la norma dificulta la innovación y perjudica al operador eficiente, que por un lado quedaría disuadido de realizar una práctica legal si la norma presumiera lo contrario; y por otro, tendría la carga de la prueba si la norma presume legal una conducta que en la mayoría de los casos es ilegal, lo que haría que los efectos de ésta se prolongaran hasta que hubiera una reacción de un órgano de la competencia o jurisdiccional (si ésta se produjera), y en todo caso, asignaría unos costes a otros operadores o a las autoridades de la competencia que deberían emplearse en otras cuestiones⁶.

12. Por otra parte, que en la gran mayoría de los casos los efectos económicos de los descuentos sean anticompetitivos, no quiere decir que siempre vaya a ser así, porque dependiendo tanto del poder de mercado como de otras circunstancias derivadas del mercado relevante, puede que en esas condiciones específicas hagan que afloren los posibles efectos beneficiosos de estos descuentos, y que éstos

³ Para el abuso de posición de dominio, así se recoge en Apartados 33 a 36 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁴ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VI A. Apartado 46 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁵ Sobre los efectos de los descuentos por fidelidad, véase, A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 248 y siguientes, con bibliografía adicional.

⁶ Son extensibles para el derecho de la competencia en general los debates que más profundamente se han tenido en torno al modelo normativo eficiente sobre restricciones verticales. Sobre el mismo, y con referencias adicionales, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 105 ss.

supongan un ahorro de costes que se materialicen en una bajada de precios para el consumidor final sin que apenas repercuta en una disminución de la oferta de bienes o servicios competidores. Para estos supuestos, siempre hay que dejar un margen para que los operadores puedan probar lo contrario, de forma que lo ideal es establecer normas con presunciones *iuris tantum*. Si la presunción se corresponde con la realidad, llegará por sí misma a la solución económicamente correcta en el 90 % de los casos, sin necesidad de mayores molestias para los operadores o las autoridades de la competencia. Y para el otro 10 %, se reducirá el margen de error en muchos casos si se permite que los operadores prueben lo contrario, aunque para ello tengan que incurrir en los costes de la prueba⁷. El modelo así reduciría al máximo los falsos positivos y los falsos negativos reduciendo al máximo posible los gastos de gestión del sistema.

13. En el caso de que una empresa en posición de dominio incluya (¿imponga?) en sus relaciones contractuales con otras, cláusulas con descuentos que en la práctica impliquen una exclusividad, no existe una norma de derecho positivo que establezca ninguna presunción. Mejor dicho, en todo caso, según las normas generales de distribución de carga de la prueba del artículo 2 del Reglamento 1/2003, la carga de la prueba de una infracción del artículo 102 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. A diferencia de lo que sucede con las infracciones del artículo 101, para las que existen Reglamentos de aplicación del apartado 3 (anteriormente denominados reglamentos de exención por categorías) que presumen que son legales y procompetitivos los acuerdos cubiertos por los mismos. Ante la ausencia de presunción, la jurisprudencia comunitaria en un principio, antes del “*more economic approach*”, y básicamente a través de la sentencia Hoffmann-La Roche⁸, y posteriormente en el caso British Airways⁹, pareció establecer el criterio de que los descuentos por fidelidad de los que se beneficia una empresa en posición de dominio son abusivos, sin dejar apenas margen a poder acreditar lo contrario ni entrar tan si quiera a enumerar los efectos reales o potenciales de la conducta sobre el mercado relevante en el caso concreto.

14. En el caso Intel, se ha criticado duramente que la Decisión de la Comisión cite los anteriores precedentes y parezca partir de esa regla absoluta de ilegalidad, que ciertamente parecía no poder ser si quiera discutida, y que desde luego no se ajusta al modelo ideal o acorde a la realidad económica de los descuentos por fidelidad que se acaba de exponer¹⁰. Ni tampoco se ajusta, por cierto, a lo previsto para los descuentos por fidelidad en las Orientaciones de la Comisión en la aplicación del artículo 82 (hoy 102) del Tratado CE¹¹. Con esta regla absoluta o presunción *iuris et de iure*, se privaría de poder corregir ese 10 % de los casos de margen de error en los que la regla general no se cumple. Sin embargo, esta crítica a la Decisión de la Comisión resulta cuando menos exagerada o no del todo ajustada a la realidad.

15. Efectivamente, la resolución comienza citando esos dos precedentes e incluso afirmando que en el caso de los descuentos por fidelidad, por su naturaleza esencialmente lesiva, no haría falta mayores reflexiones para proceder a declarar la ilegalidad del acto e imponer una multa. No obstante, a pesar de partir de la doctrina que establece que no es imprescindible, la Comisión realiza el llamado test AEC para concluir que ante el comportamiento de Intel, ningún competidor eficiente hubiera podido sobrevivir. Es más, el Tribunal General lo que afirma es que ese test AEC se ha hecho de forma incorrecta y sin tener en cuenta todas las alegaciones realizadas por la empresa dominante (*infra* III, 1), por lo que

⁷ Así parece reconocerse en los apartados 27 a 46 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES). En ellos, si bien se establece que los descuentos por fidelidad son casi siempre abusivos en empresas en situación de dominio, se obliga a realizar el llamado test AEC para cotejar que se dan los efectos anticompetitivos y a analizar las posibles eficiencias que la empresa invoque.

⁸ STJUE 13-2-1979.

⁹ Sentencia Tribunal de Primera Instancia de la UE, 17-12-2003.

¹⁰ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartados VI B y VI C.

¹¹ Apartados 27 y siguientes y 32 y siguientes de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

levanta la sanción, lo que es ya muy diferente a simplemente afirmar que la Comisión ha sancionado a Intel sin reflexionar mínimamente sobre las consecuencias en el mercado concreto que podían tener esos descuentos por fidelidad. La Comisión realizó un análisis de la situación en el caso concreto. Distinto es que éste guste más o menos o se considere suficiente, sobre lo que se volverá *infra* III. De hecho, la Comisión afirma que los descuentos impidieron a AMD operar en el mercado cuando hasta entonces lo había hecho, y que las cinco empresas con quien negoció los descuentos apenas tenían margen para no aceptarlos, puesto que tales microprocesadores eran objeto de demanda por gran parte de la clientela (70 % de mercado). A consecuencia de los descuentos, concluye que se ha eliminado a un competidor eficiente y que la conducta es anticompetitiva.

2. No aumento de precios a corto plazo, ¿no conducta abusiva?

16. En definitiva, la Decisión de la Comisión sí realiza un análisis de las circunstancias concretas del mercado relevante y de cómo los descuentos impactan en el mismo. Y sus resultados coinciden plenamente con los conocimientos generales sobre los efectos económicos de los descuentos, dada la elevada cuota de mercado de Intel en un entorno de casi duopolio. Lo único que la Comisión tal vez no llega a contestar de manera taxativa es la afirmación de Intel de que los descuentos ya se estaban aplicando durante un tiempo y ello no se había traducido en un aumento de precios para el consumidor, lo que según ellos, implica que la conducta no era anticompetitiva, sino simplemente agresiva¹².

17. En el fondo de esta argumentación subyace el concepto de eficiencia y la propia finalidad del derecho de la competencia que defiende la Escuela de Chicago. Según ésta, las empresas pueden realizar los pactos o conductas que estimen oportunas en su legítimo objetivo de captar clientela y obtener beneficios (libertad de empresa). La conducta será eficiente si a consecuencia de ella de forma inmediata los precios bajan y aumentan los beneficios de las mismas¹³. En estos casos, tanto empresas como consumidores tienen motivos para estar contentos. Si los consumidores aprueban con su comportamiento la conducta adquiriendo más bienes o servicios, esa práctica es eficiente, y sería un obstáculo para el bienestar de todos las conductas paternalistas de la Administración o de los Tribunales que la declaren ilegal porque entiendan que no va a beneficiar a los consumidores. Si ellos la aprueban con su comportamiento, ¿por qué alguien debe prohibirla en su nombre?. Si lo aprueban es porque se les da lo que quieren¹⁴. Y por otro lado, si la conducta es ineficiente, esto es, no consigue bajar precios o atraer a más clientela, serán los propios consumidores los que se encargarán de desaprobando la conducta y harán rectificar a las empresas no adquiriendo los mismos. Aplicando esto al caso Intel, si a consecuencia de los descuentos no ha habido aumentos de precios y los consumidores no han penalizado a esta compañía ni a ninguna de las cinco con las que se han negociado los descuentos, la conducta no es anticompetitiva ni abusiva.

18. Sin embargo, ni los consumidores tienen siempre el suficiente poder de mercado para responder a los comportamientos de las empresas, ni sus comportamientos inmediatos tienen en cuenta lo que a medio o largo plazo les puede convenir. Por un lado, el consumidor tendrá capacidad de respuesta dependiendo de si el bien o servicio es de demanda elástica o inelástica, o de si se es de primera necesidad o prescindible, o de si existen bienes sustituibles o de otras circunstancias. En el caso que nos ocupa, el mercado de los microprocesadores era oligopolístico, teniendo Intel un 70 % de la cuota de mercado, por lo que hablamos de un elevado grado de inelasticidad y de escasa capacidad de respuesta del consumidor, porque además los productos finales en los que se incluían los microprocesadores apenas eran sustituibles por otros que no lo tuvieran.

¹² Crítica que entre nosotros realizaba ya, por ejemplo, F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VI C.

¹³ R. POSNER, "The Chicago School of Antitrust Analysis", 127 (1979) *U PA L REV.*, pp. 925 ss.

¹⁴ R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, pp. 7, 110 y 405. Más recientemente, D. CRANE, "The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy", *Antitrust Law Journal*, 79 (2014), pp. 835 y ss.

19. Y por otro, el consumidor en sus decisiones de compra tiene en cuenta las circunstancias del momento exacto en que la realiza, sin pensar qué consecuencias pueden acarrear para el futuro. Esto es, por ejemplo ante una estrategia de precios predatorios, como parece ser el de Intel a través de su política de descuentos, el comportamiento lógico del consumidor será adquirir ese bien o servicio a precio bajo. Pero ello no quita que a medio o largo plazo, tal y como indica la estrategia de precios predatorios, se vaya a ver perjudicado por la eliminación de competidores en ese mercado y por una subida de precios por parte de esos operadores que a corto plazo ofrecieron condiciones buenas. El cumplimiento del objetivo de eliminar del mercado de microprocesadores a AMD colocó a Intel al borde de una situación de monopolio, parada en parte por la Decisión de la Comisión de parar esos descuentos, lo que a medio o largo plazo, podría haber colocado a los clientes de Intel y a los consumidores en una situación de dependencia total y absoluta¹⁵.

20. No obstante, no puede aceptarse que el concepto de eficiencia que defiende la Escuela de Chicago sea el único existente y mucho menos que sea el que debe seguirse. El interés del consumidor no abarca únicamente su inmediata o cortoplacista decisión de compra, sino también los efectos que un acuerdo o una operación o comportamiento pueden tener a medio y largo plazo sobre él. Esto es, puede incluso que al consumidor le favorezca a corto plazo una determinada estrategia de una empresa y adquiera ese bien o servicio. Pero si a medio o largo plazo ello va a suponer una reducción de la competencia sustancial que implica una situación de dependencia de una o varias empresas y que por ello éstas puedan subir precios sustancialmente, entonces eso no le favorece. No se puede considerar eficiente esa asignación de recursos. A raíz de la Decisión de la Comisión de 2009, anulada en 2022, se dejaron de aplicar los descuentos, y probablemente por eso a día de hoy el mercado de microprocesadores es oligopolístico pero no de monopolio. De haberse continuado con los mismos, es altamente probable que el mercado hoy estuviera más concentrado aún o fuera monopolístico y que Intel pudiera hacer con sus clientes y consumidores prácticamente lo que quisiera.

21. Efectivamente, al consumidor le gusta poder elegir y que no tenga que aceptar las condiciones de una empresa porque no tenga alternativas para contratar. El bienestar del consumidor incluye no sólo el precio a corto plazo, sino también el de medio y largo, así como la variedad, la calidad y la innovación, lo que requiere mercados abiertos y con un nivel de competencia eficiente¹⁶. Los poderes públicos no deben aceptar acuerdos o concentraciones de empresas que vayan a suponer a medio o largo plazo un perjuicio para el consumidor aunque de inmediato no les perjudiquen o incluso les beneficien, y deberán además velar para que las empresas no abusen de su posición de dominio. Al consumidor no se le puede exigir que en sus decisiones de compra tenga en cuenta el medio o largo plazo. Carece de sentido por la asimetría en el acceso a la información y porque interesarse por acceder a ella conlleva un coste temporal que hace totalmente ineficiente la operación de comprar y de informarse. El consumidor tiene una vida y múltiples dedicaciones y no puede informarse de por qué o con qué estrategia cada empresa ha ofrecido un bien o servicio en el mercado¹⁷.

¹⁵ Un ejemplo más reciente lo tenemos en el mercado de los libros electrónicos. Amazon bajó sus precios por lo que los consumidores comenzaron a adquirirlos de forma masiva, comportamiento que tiene toda la lógica económica porque los consumidores basan sus decisiones en las circunstancias que imperan en el momento de comprar. Pero esto ha provocado que Amazon elimine competidores y se haga con una situación de monopolio o monopsonio en el mercado de e-books, lo que ha contribuido a que se genere este gigante de los mercados tecnológicos. Al respecto, L. KHAN, "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 126 (2017), pp. 717 ss, y 737 ss.

¹⁶ E. ELHAUGE, *Where is Antitrust Policy going? 6th Bill Kovacic Antitrust Salon*, September 24, 2018, pp. 20-21; L. KHAN, *The Yale Law Journal*, 126 (2017), pp. 737 a 739 y 742 a 746; J. FURMAN, /D. COYLE/ A. FLETCHER/ D. MCAULEY/ P. MARSDEN, *Unlocking digital competition*, Londres, 2019. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf, p. 11.

En Europa no se discute que el impacto o el beneficio al consumidor debe contemplarse no sólo a corto plazo, sino también a medio y largo. Así se pronuncian las Directrices 81 relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, publicadas en el DOUE, 27-4-2004.

¹⁷ Sobre el concepto de eficiencia y las distintas opiniones actuales sobre el derecho de la competencia, más ampliamente y con bibliografía adicional, A. ZURIMENDI ISLA, "¿Necesitamos otro derecho de la competencia?", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 26 (2020).

22. Teniendo en cuenta la anterior, si analizamos la Decisión de la Comisión de 2009 del caso Intel con los criterios y lo que se sabe hoy, sí cabe un cierto reproche por no haber analizado ni refutado en ella el argumento de la empresa según el cual no se había producido un aumento de precios y que por tanto los descuentos no perjudican al consumidor. Se podría haber mencionado algo de lo que acabamos de decir sobre que hay que medir las consecuencias potenciales a medio y largo plazo, muy especialmente en mercados digitales. Sin embargo, no parece aceptable este grado de exigencia para una Decisión de 2009, momento en el que los mercados digitales estaban emergiendo y no se conocía a ciencia cierta el alto riesgo de ciertos comportamientos, que *a posteriori*, han generado en gran parte la aparición de los grandes gigantes digitales y los problemas de mercado e incluso políticos que esto plantea¹⁸.

23. Sin la información que se tiene hoy día, resultaba imposible exigir a una resolución de una Autoridad de Competencia en 2009 una respuesta tan concreta y específica. Incluso quienes criticaron en ese momento a la Comisión no haberse pronunciado o explicado por qué si la conducta era abusiva no había producido aumento de precios, afirmaban que “*el hecho de pagar para que un distribuidor excluya de sus catálogos y sus lineales los productos de un competidor, así como implementar un sistema de descuentos a fabricantes tal que se vea forzado a adquirir la totalidad o la práctica totalidad de sus insumos de una empresa en posición dominante, nos parece que dista mucho de ser «competencia en los méritos» basada en mejor calidad o precios más atractivos, y da la impresión más bien de ser una conducta anticompetitiva encaminada a eliminar a un rival del mercado*”¹⁹. Dicha intuición, que parece que también guio el proceder de la Comisión, no se basa en una mera elucubración, sino en lo que el conocimiento económico y la experiencia hasta la fecha había enseñado.

24. Tal vez la Comisión, eso sí, podría haber aportado algún indicador de que pese a que no se habían producido, al menos aún, aumentos sensibles de precios, los descuentos habían tenido ya algún efecto en lo que se refiere al aumento de la cuota de mercado de Intel durante los años en los que ya habían sido aplicados. De hecho, el apartado 20 de las Orientaciones sobre el abuso de la posición de dominio de la Comisión, consideran un elemento de prueba del efecto anticompetitivo del cierre de mercado de la conducta, el aumento de su cuota de mercado, o incluso que se haya ralentizado el descenso de la misma, o que se han expulsado o marginado a competidores existentes o incluso que alguno potencial haya intentado entrar y haya fracasado²⁰.

III. La carga de la prueba

1. Criterio del tribunal general

25. Como antes se ha mencionado, según el artículo 2 del Reglamento 1/2003, la carga de la prueba de una infracción del artículo 102 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. Y ninguna norma jurídica establece nada más al respecto, por lo que no se puede ir más allá de considerar los criterios generalmente admitidos sobre distribución de carga de la prueba, como la obligación de colaborar por ambas partes en función de los medios que cada una tenga y del grado de facilidad para aportar una cosa u otra. Asimismo, debemos tener en cuenta lo previsto en las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado, que no tienen carácter normativo, pero que mencionan cómo debe distribuirse la carga de la prueba. Y por supuesto, hay que atender al desarrollo jurisprudencial del artículo 2 del Reglamento 1/2003.

¹⁸ Al respecto, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*, Navarra, 2021.

¹⁹ F. DÍEZ ESTELLA *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VII.

²⁰ Apartado 20 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

26. En el caso del abuso de posición de dominio, la autoridad de la competencia o los Tribunales deberán aportar indicios suficientes de que existe posición de dominio, básicamente delimitando el mercado relevante y fijando la cuota de la empresa afectada y/o circunstancias del mismo que suponen barreras de entrada. Y además, deberán presentar evidencias de que la conducta es abusiva, para lo que habrá que invocar efectos anticompetitivos para los consumidores y usuarios en ese concreto mercado relevante, como una subida de precios, una reducción de la oferta que merma la capacidad de elección, una disminución de la calidad del bien o servicio o la constitución o ampliación de una barrera de entrada²¹, independientemente de los efectos procompetitivos que pudieran existir. Parece que con esto se acabaría una primera labor probatoria por parte de la autoridad de la competencia o Tribunal, cuyo alcance sería similar al que debe hacerse para incluir los acuerdos restrictivos de la competencia en el apartado 1 del artículo 101 del Tratado.

27. En el asunto Intel, la sentencia del Tribunal General considera que esta parte se ha cumplido por la Comisión, al fijarse la cuota de mercado en un 70 % y describirlo como inelástico (posición de dominio). Asimismo, se señala que a consecuencia de los descuentos establecidos con los cinco operadores ninguno de ellos va a incorporar en los productos que fabrica o vende microprocesadores de otra marca, por lo que se incrementa el cierre del mercado y se merma la capacidad de elección del cliente (efecto anticompetitivo que en principio se califica de abusivo). Dichos operadores no se pueden permitir prescindir de Intel, por lo que deben aceptar sus descuentos y dejar de comprar a AMD, frenándose la innovación. Esto es, aunque ciertamente la Decisión de la Comisión comenzó mencionando la doctrina de las sentencias Hoffmann-La Roche y British Airways, que consideraban a los descuentos practicados por una empresa en posición de dominio como una práctica abusiva *per se*, esto es, que no requiere de mayor indicio probatorio, la Comisión sí indicó después las consecuencias negativas que para los consumidores tienen en el caso concreto la imposición de los descuentos por parte de Intel (*supra* II 1).

28. Una vez que se ha probado lo anterior, hay coincidencia también en señalar que corresponde entonces al operador en posición de dominio alegar que en el caso concreto los efectos del comportamiento generan ventajas que compensan esos efectos procompetitivos o la contraprueba de que no existen tales desventajas. La cuestión es que en el caso que se está estudiando, Intel afirma que realmente su táctica no es predatoria sino simplemente agresiva, y si con ella aumenta su cuota o elimina competidores es porque los demás son menos eficientes que ella. Que los descuentos se establecen simplemente para facilitar relaciones comerciales y ganarse la confianza de más clientes y que el hecho de que los precios de sus bienes y servicios no hayan subido sensiblemente, prueba que no ha habido perjuicio alguno para el consumidor. Y ha sido a partir de aquí donde parece que no han coincidido los criterios sobre carga o valoración de la prueba empleados por la Comisión, los previstos en las Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado y los que la sentencia del Tribunal General ha aplicado.

29. En primer lugar, parece que hay una discrepancia en cuanto a si lo aportado por Intel es suficiente para vencer lo hasta al momento probado por la Comisión. La sentencia del Tribunal General establece un criterio mucho más favorable para la empresa dominante que el que fijó la Comisión o el que prevén las propias Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado, al considerar que si la empresa da una explicación “plausible” de los hechos, la supuesta infracción no ha quedado demostrada; y que en caso de duda, la carga de la prueba debe recaer en la Comisión. Llega a decir expresamente que la Comisión debe “*apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes*”, lo que dicho sea de paso, es altamente cuestionable, porque una conducta es anticompetitiva por los efectos objetivos que produce o puede producir en un

²¹ A estas circunstancias se refiere el apartado 20 de la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES), cuando se refiere a la posición de la empresa dominante, las condiciones del mercado de referencia, la posición de sus competidores, el alcance de la conducta presuntamente abusiva y los indicios de una estrategia de cierre.

mercado, independientemente de la motivación o estrategia subjetiva de quien la realiza. En definitiva, según el Tribunal, basta con que la empresa ofrezca una explicación alternativa, aunque no aporte indicio o dato alguno, para vencer lo probado hasta ahora por la Comisión, volviendo a colocar en ésta la carga de la contraprueba de que lo alegado por la empresa no es cierto.

30. En resumen, la Comisión debe comenzar aportando indicios de que hay una situación de dominio y unas condiciones de mercado en el caso concreto en los que la conducta provoca efectos anticompetitivos. Pero para superar éstos, es suficiente con que la empresa dé una hipótesis alternativa plausible, esto es, no irreal, aunque sin aportar ningún indicio de que esa hipótesis teóricamente posible es realmente la que se da en el caso a juzgar. Dicho planteamiento resulta altamente llamativo. ¿Qué pasa entonces si la Comisión aporta nuevos indicios ante esa hipótesis plausible y la empresa nuevamente da una explicación plausible alternativa a los mismos pero sin indicio alguno de que ha sucedido realmente?. No parece que dicha posición sea equitativa desde el punto de vista del principio de “igualdad de armas”, y si dicho planteamiento se lleva a su máxima extensión, estaríamos ante una *probatio diabólica*²². Ni qué decir tiene que este sistema de distribución de la carga de la prueba no tiene en cuenta en dicha valoración la experiencia acumulada hasta la fecha ni el conocimiento económico en torno a los efectos de los descuentos en la competencia, ni por tanto se aproxima al modelo de ideal al que nos hemos referido *supra* II 2.

31. Partiendo de lo anterior, el Tribunal General en el caso Intel considera que las explicaciones de la empresa son plausibles, y que la Comisión, a la que le rebota de nuevo la carga de la prueba, no ha aportado indicio alguno que refute dicha versión plausible. Para empezar, el Tribunal comienza con este presupuesto que no se comparte. Pero a mayor abundamiento, resulta sorprendente que afirme esto cuando la Comisión sí que ha contraargumentado la explicación plausible dada por Intel. Efectivamente, la Comisión, siguiendo la buena práctica de demostrar todo lo que sea posible y justificar más la sanción, expone por una parte que obran en su poder mails de empleados de la compañía que prueban que la motivación para fijar los descuentos era realmente expulsar del mercado a AMD y no ahorrar costes ni plantear una estrategia agresiva que beneficie a los consumidores. Esto es, aporta un indicio de esa “*estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes*” que exige la sentencia. Frente a esto, Intel pretendía aportar testimonios jurados de empleados que decían lo contrario. Efectivamente, tampoco debe sobredimensionarse el contenido de los mails capturados, puesto que “*son un conducto de comunicación entre profesionales al que tampoco hay que otorgarle un valor absoluto, ya que en ocasiones son ambiguos, están redactados con prisa, y es difícil concluir del mero texto las verdaderas intenciones de quien lo redactó*”²³. Pero en tal valoración, hay que tener en cuenta que los mails se están contraponiendo a una mera hipótesis plausible sin indicios de la empresa que a su vez se ha contrapuesto a algo que ya ha probado la Comisión. Y en cualquier caso, unas declaraciones juradas totalmente preparadas con una intención clara no pueden tener el mismo valor probatorio que la espontaneidad y estilo directo de unos mails.

32. De igual modo, la Comisión en su Decisión cuestiona la afirmación de Intel de que su práctica no ha eliminado o reducido a competidores eficientes, sino solo a los que no lo son, por lo que la conducta no es anticompetitiva. De hecho, la Comisión realizó el denominado test AEC (denominado en inglés «*as efficient competitor test*»), cuyo objetivo es precisamente analizar si la conducta tiene como efecto eliminar a competidores eficientes o si por el contrario, los que han desaparecido del mercado a consecuencia de la práctica son ineficientes. Es una ficción o ejercicio comparativo que permite detectar si la empresa está sacrificando beneficios a corto plazo estableciendo un precio bajo precisamente para eliminar a un

²² La sentencia del Tribunal General ha sido recurrida en casación por la Comisión Europea el 5 de abril de 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0240&from=ES>, siendo su principal motivo una distorsión de la prueba.

²³ F. Díez ESTELLA, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 7 (2010), apartado VA.

competidor eficiente²⁴. Pues bien, la sentencia del Tribunal General considera que si bien en los cinco casos donde se han impuesto descuentos existen datos referentes a algunos periodos que indican que efectivamente se ha eliminado a competidores eficientes, éstos no abarcan todos los periodos ni a todos los posibles competidores, por lo que considera las conclusiones del test por parte de la Comisión incompletas y por tanto carentes de efecto probatorio. Esto es, a pesar de lo que dice el conocimiento económico y la experiencia acumulada, e incluso los datos que la Comisión aporta aunque no se refieran a todo el periodo sancionado ni a todos los potenciales competidores, considera que es insuficiente para la sanción. Esto es, dado los medios y el tiempo de posible dedicación al expediente, siguiendo las exigencias del Tribunal estamos antes una *probatio* diabólica o al menos de escasa virtualidad práctica.

33. En conclusión, la única alegación de Intel a los indicios que había presentado la Comisión que no fue contrarrestada era la referente a que si los descuentos hubieran perjudicado al consumidor, se hubieran producido subidas sensibles de precios, lo que no ocurrió. Pero esta cuestión ha sido tratada *supra* II, 2.

2. Criterio de las orientaciones de aplicación del artículo 102

34. En cualquiera de los casos, el sistema de carga y distribución de la prueba establecido en la sentencia en absoluto es compatible con el modelo regulatorio ideal ni tampoco con el que se prevé en las Orientaciones sobre la aplicación del Tratado 102 del Tratado, que en cambio, sí se ajustan a éste. Efectivamente, en sus apartados 20 a 22, se parte de la necesidad de que la Comisión pruebe la existencia de una posición de dominio y la de efectos anticompetitivos consecuencia de la conducta para el mercado relevante en el caso concreto. A partir de ahí, se asienta una especie de presunción *iuris tantum* de ilegalidad, que según los apartados 30 y 31, permite ser invertida por la empresa afectada alegando que la conducta produce las eficiencias suficientes para los consumidores en precios o calidad, basándose en “*pruebas comprobables*”, que compensan o hacen que el consumidor no resulte perjudicado, siempre que tales ventajas superen el efecto anticompetitivo previamente acreditado y que no elimina la competencia efectiva y es necesaria para conseguir esa ventaja. Esto es, establece para el abuso de posición de dominio unos requisitos similares a los previstos en el apartado 3 del artículo 101 del Tratado para los acuerdos restrictivos, señalando claramente, como lo hace para este último caso el artículo 2 del Reglamento 1/2003, que la carga de la prueba de esos requisitos de legalidad de la conducta corresponde a quien los invoca. Así queda claro por ejemplo en su apartado 30 que exige “*pruebas comprobables*”, en contraste con las “*explicaciones alternativas plausibles*” que considera suficientes el Tribunal General.

35. Es más, se insiste en el apartado 31 que la empresa dominante “*debe presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta está objetivamente justificada*” y deja a la Comisión la última palabra en la valoración, a diferencia del Tribunal General²⁵. Y por si quedara alguna duda en quién se carga la prueba en caso de falta de certeza, el apartado 22 de las Orientaciones establece que “*en ciertas circunstancias no es necesario que la Comisión efectúe una evaluación detallada antes de concluir que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la empresa dominante impide que sus clientes prueben los productos de los competidores o si ofrece incentivos económicos a sus clientes a condición de que no*

²⁴ Sobre los criterios de cálculo y alcance, apartados 23 a 27 y 41 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

²⁵ “A continuación es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta en cuestión no es objetivamente necesaria y, tras ponderar cualesquiera efectos anticompetitivos evidentes y cualesquiera eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores”, apartado 31 de la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

prueben esos productos, o si paga a un distribuidor o a un cliente para que retrase la introducción del producto de un competidor". Por cierto, esto último se dio en una de las cinco operaciones examinadas en el caso Intel, puesto que ésta ofreció incentivos económicos a un cliente para que retrasase la introducción de un producto de AMD. No obstante, tal circunstancia apenas ha merecido atención para el Tribunal General.

36. La aplicación de los criterios de distribución de carga de la prueba de las Orientaciones de aplicación del artículo 102 del Tratado, hubieran conducido a confirmar la Decisión de la Comisión en lugar de casarla. Éstos reflejan además el modelo regulatorio ideal del abuso de posición de dominio que tiene en cuenta tanto el conocimiento económico de las conductas como la experiencia ahora acumulada. De este modo, los comportamientos que se ha comprobado y experimentado que son en la gran mayoría de los casos perjudiciales para el consumidor, se presumirán anticompetitivos siempre que el supuesto concreto se encuadre en la norma general. Si bien, cabría prueba en contrario para reducir el margen de error que la presunción puede tener en un 10 % de los casos en los que no se cumple por concurrir circunstancias especiales. No obstante, tales criterios u orientaciones están recogidas en una Comunicación, documento de *soft law* que carece de vinculación para los Tribunales por no ser una norma jurídica. A pesar de ello, y dado que es un documento oficial que sirve de criterios a las partes y da seguridad jurídica, no hubiera estado de más que el Tribunal General hubiera explicado las razones por las que considera necesario apartarse de él.

3. Necesidad de reforma: sistema de presunciones

37. La pregunta es si con el sistema establecido en la sentencia del Tribunal General se puede dar una respuesta satisfactoria a los problemas de abuso de posición de dominio en los mercados digitales, dada la celeridad que se requiere para poder cortar a tiempo una conducta que puede ser de alto riesgo para la competencia. Parece que en principio, hay opciones teóricas de implantar el sistema ideal de distribución de carga de la prueba en la normativa vigente sobre abuso de posición de dominio. De hecho, así parecen entenderlo y defenderlo las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del artículo 102, sin necesidad de reformar ninguna norma jurídica. Sin embargo, tal vez por una excesiva influencia de los postulados de la Escuela de Chicago en el *enforcement* del derecho vigente, así como por la asimetría en el acceso a la información entre las Autoridades de la competencia y las empresas, hemos llegado al resultado indeseado que estamos analizando. Aunque la regulación vigente pudiera ser teóricamente suficiente para ello, resulta conveniente una actualización de la misma para incluir la diferente realidad de los mercados digitales y contemplar expresamente los riesgos existentes en ellos. Así será más fácil eliminar los defectos en el *enforcement* derivados de la aplicación de los postulados de la Escuela de Chicago, y se reforzará la seguridad jurídica y resultará más fácil para las Autoridades de Competencia y poder judicial la aplicación del abuso de posición de dominio.

38. En el caso tanto de acuerdos restrictivos de la competencia como de conductas unilaterales que pudieran ser calificadas como de abuso de posición de dominio, las empresas y operadores del mercado necesitan cierto grado de seguridad jurídica porque van a poner en práctica el acuerdo o la conducta sin un examen previo de ninguna autoridad, con el consiguiente riesgo de cometer una ilegalidad. El establecimiento de una presunción *iuris tantum* de ilicitud será de ayuda siempre y cuando la realidad económica derivada de la experiencia hasta la fecha en mercados digitales, evidencie que en la gran mayoría de los supuestos los efectos de esos comportamientos perjudican sustancialmente al mercado y al bienestar del consumidor a medio y largo plazo²⁶. Como es habitual en el derecho de la competencia, el estudio de esta realidad, debería servir junto con la teoría económica para elaborar grupos de casos en los que es más probable que los efectos beneficiosos superen a los perjudiciales para la competencia y el

²⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y ENERGÍA DE ALEMANIA, *A new competition framework for the digital economy*, https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (Dir. Martin Schallbruch, Heike Schweitzer, Achim Wambach), pp. 49-50.

consumidor, o viceversa; y se facilite así su aplicación dando más seguridad a las partes²⁷. Para fijar los grupos de casos en los que se ha comprobado ya que prevalecen los efectos anticompetitivos, se necesitaría la aprobación de una norma jurídica que la estableciera, que podría ser por ejemplo un desarrollo más concreto y ajustado del artículo 2 del Reglamento 1/2003.

39. Efectivamente, la opción en favor de la presunción de ilicitud para los supuestos en los que la realidad ha mostrado que en la gran mayoría de ocasiones prevalece los efectos anticompetitivos, toma en consideración precisamente un tradicional principio que rige el reparto de la carga de la prueba, como lo es el de los medios, posibilidades y facilidad de las partes para probar una cosa o la contraria. En el caso de los descuentos en mercados digitales como el asunto Intel, la comprobación de las alegaciones de la empresa en torno a los potenciales efectos procompetitivos, como por ejemplo los ahorros de costes que le pueden haber producido tanto a él como al resto de operadores, o que realmente con los descuentos no vende el microprocesador por debajo del precio de coste o de niveles competitivos, requiere de un personal especializado y mucho tiempo de dedicación, por lo que los costes serían muy altos. Estaríamos casi ante una *probatio* diabólica. En cambio, para Intel, mostrar a la autoridad el ahorro en costes o que el precio con el descuento no está por debajo del coste es algo sencillo y con un coste muy bajo. Piénsese que la Comisión europea tardó cinco años en cerrar precisamente el expediente porque le costó acumular los indicios que consideró suficientes para probar la conducta abusiva, y aún así, el Tribunal ha considerado que se necesitan más, por lo que la culminación del expediente con tal grado de exigencia desmesurada requeriría el trabajo de mucho más años con un coste imposible de asumir. En la práctica, estas conductas claramente competitivas quedarían siempre sin sancionar y ello ha generado grandes daños a los mercados digitales en los últimos años. En el asunto Intel, que ha sido uno de los pocos en los que la Autoridad ha reaccionado a tiempo en un mercado digital, parece que el Tribunal General se ha empeñado en acabar confirmando la regla general de fracaso.

40. Dado que el objetivo del modelo de regulación ideal es minimizar los riesgos tanto de falsos positivos como de falsos negativos, y que la experiencia enseña que en la gran mayoría de supuestos de los descuentos por fidelidad de una empresa en posición de dominio hay abuso y que se perjudica al consumidor, lo más acorde con dicha realidad y modelo es fijar la presunción de ilicitud. Y mucho más si como se acaba de decir, la carga de la prueba para las Autoridades es larga y costosa mientras que para la empresa sencilla; porque de no existir presunción de ilegalidad, el riesgo de falsos negativos es muy elevado. Para que opere, debería ser suficiente con que previamente la Autoridad o los Tribunales prueben la situación de dominio, así como que el comportamiento genera al menos alguna consecuencia anticompetitiva en ese específico mercado relevante, encuadrando el caso concreto dentro del supuesto de hecho al que se aplica la presunción.

41. La propuesta de que opere una presunción de este tenor en el abuso de posición de dominio a través de una norma jurídica se ha ido expandiendo en los últimos tiempos especialmente en los mercados digitales. Los comportamientos a incluir en el ámbito de la misma, junto los ya mencionados descuentos que operan casi como exclusiva, podrían ser aproximadamente los comprendidos en la propuesta de DMA²⁸.

42. Y en cualquier caso, como también sucede con los acuerdos restrictivos, sería deseable la aprobación de unas nuevas Directrices para la aplicación del art. 102 TFUE, que no solo profundizaran o ejemplificaran las presunciones de ilicitud *iuris tantum*, sino que además aclararan y desarrollaran las circunstancias en las que la presunción puede ser vencida por concurrir motivos objetivos que justifiquen el comportamiento en ese caso concreto.

²⁷ Algo similar a lo que rige para los acuerdos, A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos*, pp. 105 y siguientes, con bibliografía adicional.

²⁸ Sobre esta cuestión, véase A. ZURIMENDI ISLA *Gigantes tecnológicos*, pp. 288 y siguientes, donde se incluye más bibliografía.

IV. Conclusión

43. El Tribunal General en su sentencia de 26 de enero de 2022 exige a la Comisión que aporte pruebas sólidas de sus afirmaciones, y en cambio a Intel únicamente le pide que aporte explicaciones alternativas “plausibles”, sin necesidad de evidencia alguna de que esta explicación teórica es la que se da de verdad en el caso concreto. Esto es, basta idear una supuesta justificación teóricamente posible de una conducta para vencer una evidencia sólida, lo que nos aproxima a una situación de *probatio diabólica*, máxime teniendo en cuenta que los medios tanto materiales como humanos de las Autoridades de competencia, incluso los de la Comisión, son sustancialmente inferiores a los de una gran empresa tecnológica globalizada, como es el caso de Intel.

44. Se establece así un sistema de distribución de la carga de la prueba en el abuso de posición de dominio que dificulta o imposibilita que las Autoridades o Tribunales puedan actuar en base al artículo 102 del Tratado UE. Tal sistema se aleja del *more economic approach* que se pretende dar desde hace tiempo al derecho de la competencia comunitario, porque no se corresponde ni con la experiencia adquirida hasta la fecha sobre los efectos para la competencia de los descuentos por fidelidad realizados por una empresa en un mercado oligopolístico, ni con el conocimiento económico a este respecto. Si la experiencia demuestra que en la gran mayoría de los casos esta conducta resulta anticompetitiva y por tanto abusiva, el sistema de carga de la prueba debería conducir a una presunción *iuris tantum* de ilicitud de tal comportamiento, permitiendo a la empresa probar lo contrario en los casos minoritarios en los que concurren circunstancias especiales que hacen que no se cumpla la regla estadística general. Es por otra parte lo más equitativo teniendo en cuenta los medios materiales y humanos de estas empresas digitales y los de una autoridad de la competencia.

45. Llama poderosamente la atención que el Tribunal General, tal vez excesivamente influenciado por los postulados de la Escuela de Chicago, haya llegado a las anteriores conclusiones con todo lo que hoy se conoce ya sobre el funcionamiento y riesgo de conductas en mercados digitales como la que se juzga en la sentencia Intel. Parece que le resulta suficiente que la empresa diga que no ha habido aumentos sensibles de precios para concluir que el consumidor no ha salido perjudicado, obviando cualquier referencia a la eliminación de competencia en un mercado oligopolístico y dando simplemente por buenas explicaciones alternativas plausibles de la conducta sin que se le exijan evidencias concretas para el caso sobre la existencia de efectos procompetitivos que pudieran compensar la reducción de la competencia. Probablemente el caso Intel era uno de los pocos en los que una Autoridad de la Competencia actuó relativamente a tiempo ante una conducta dañina para la competencia. Y ahora el Tribunal General lo corrige.

46. Con este planteamiento y otros similares que se han producido en la aplicación del derecho de la competencia, apenas se deja margen de maniobra para que éste actúe de forma eficaz ante las grandes empresas digitales, por lo que no es de extrañar que recientemente POSNER, uno de los máximos exponentes de la Escuela de Chicago, haya afirmado que el derecho de la competencia está casi muerto, no mostrando por ello preocupación alguna; más bien da la sensación de que lo ve como algo deseable²⁹. En realidad, dicha situación, de ser cierta, supondría el triunfo de los postulados de la Escuela de Chicago, para la que la intervención estatal perjudica al desarrollo económico. Según ella, debe confiarse más en la actuación libre de las fuerzas de mercado a la que no debe ponerse cortapisa alguna. Y dado que el derecho de la competencia surgió precisamente como un límite a esa libre actuación, su desaparición es consecuencia de la aplicación de tal principio.

47. En cualquier caso, la desaparición del derecho *antitrust* contradice una de las más célebres frases de uno de los fundadores del sistema capitalista, Adam Smith, partidario de reprimir las prácticas

²⁹ Apud J. ALFARO ÁGUILA-REAL, <http://almacenederecho.org/modelos-negocio-amazon-derecho-la-competencia/>, p. 1, quien además comparte la visión de Posner matizando que el abuso de posición de dominio seguirá vivo, “pero su eficacia para controlar el poder de mercado es muy inferior a la del *enforcement* de la prohibición de cárteles”.

anticompetitivas precisamente para preservar el libre funcionamiento del mercado: “*Rara vez suelen juntarse las gentes ocupadas en la misma profesión u oficio, aunque solo sea para distraerse o divertirse, sin que la conversación gire en torno a una conspiración contra el público o alguna maquinación para elevar precios*”. Si no se cambia el rumbo del derecho de la competencia haciéndole evolucionar a sus orígenes, habrá que buscar instrumentos legales alternativos para hacer frente a las nuevas situaciones de riesgo para los mercados y los consumidores derivadas de la aparición de las grandes empresas tecnológicas, como por ejemplo se pretende con la *Digital Markets Act*.

VARIA

Control de oficio de la competencia judicial internacional,
determinación de la Ley aplicable al régimen económico
matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del
Derecho extranjero. A propósito de la sentencia n.º 1402/2021
de la Audiencia Provincial de Málaga (sección sexta)

Ex officio control of international jurisdiction, determination
of the applicable law to the matrimonial property regime and
realization of the scope and burden of proof of foreign law.
For the purpose of judgement no. 1402/2021 of the Málaga
Provincial Court (sixth section)

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

Universidad del País Vasco. UPV/EHU

Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 22.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7213

Resumen: La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta) de 18 de octubre de 2021 estima en parte el recurso de apelación formulado y revoca parcialmente la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga. El origen del litigio radica, en el marco de una ruptura o crisis matrimonial con componente de internacionalidad, en el inventario vinculado a los trámites de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales formada por los cónyuges. Ello plantea a su vez la necesaria determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial (Derecho ruso) así como la cuestión vinculada a la prueba de tal ordenamiento extranjero.

Palabras clave: Identificación norma de conflicto, selección ley aplicable al régimen económico matrimonial, alegación y prueba del Derecho extranjero.

Abstract: The judgment of the Provincial Court of Malaga (Sixth Section) of October 18, 2021 partially upholds the appeal filed and partially revokes the ruling issued on July 15, 2019 by the Court of Violence against Women No. 1 of Malaga. The origin of the litigation lies, in the framework of a marital breakdown or crisis with an international component, in the inventory linked to the procedures for the liquidation of the community property formed by the spouses. At the same time, the necessary determination of the applicable law to the matrimonial property regime (Russian Law) is raised as well as the question linked to the proof of such foreign legal order.

Keywords: Conflict rule identification, selection applicable law to the matrimonial property regime, pleading and evidence in foreign law.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Ausencia de fundamentación de la atribución de competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles en relación al supuesto planteado en el litigio. IV. Parquedad argumental de la sentencia en relación a la norma de conflicto de obligatoria aplicación por parte de los tribunales españoles para designar la ley aplicable a la cuestión litigiosa. V. Alegación y prueba del derecho extranjero. VI. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. Desde nuestra óptica internacional privatista de análisis y de comentario, la resolución judicial objeto de la presente Nota queda caracterizada por su parquedad argumental cuando no por la ligereza en la fundamentación de al menos dos primeras cuestiones claves (y de carácter imperativo), vinculadas respectivamente a la concreción de los criterios de competencia judicial internacional y a la ley aplicable a la *litis* con componente de internacionalidad planteada, junto a una tercera vertiente más fundamentada en la sentencia y que queda referida a la alegación y prueba del Derecho extranjero (en este caso, el ordenamiento ruso).

2. Más allá de la correcta respuesta material o sustantiva dada por la sentencia a la cuestión civil planteada en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal de dos ciudadanos de nacionalidad rusa (y relativa a la elaboración del inventario respecto de bienes sitos en España e inclusión en el pasivo del mismo de un derecho de crédito de la esposa, de nacionalidad rusa), cabe subrayar que ni la sentencia de instancia ni la dictada en apelación (objeto de este comentario) invocan o utilizan las normas de Derecho internacional privado necesarias para solventar dos cuestiones troncales, relativas a la competencia judicial internacional y a la identificación o concreción de la ley aplicable por el tribunal español.

3. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga sí desarrolla argumentalmente la fundamentación jurídica de la tercera cuestión relevante desde nuestra óptica de estudio, relativa al régimen de alegación y prueba del derecho extranjero (en este supuesto litigioso, el derecho ruso) aplicable al fondo de la *litis* planteada.

II. Supuesto de hecho

4. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta) de 18 de octubre de 2021¹ estima en parte el recurso de apelación formulado por la parte apelante y revoca parcialmente la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 en el juicio de formación de inventario nº15/2019 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1².

5. El procedimiento se inició mediante escrito presentado por la solicitante el 22 de enero 2019, a fin de iniciar los trámites necesarios para la liquidación de la comunidad de bienes gananciales formada por los cónyuges (ambos de nacionalidad rusa) con respecto a sus bienes sitos en España, solicitando la formación de inventario al amparo del artículo 808 de la LEC y ello tras haber sido admitida a trámite la demanda de divorcio, presentando una propuesta de inventario. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó sentencia el 15 de julio de 2019 acordando el inventario respecto a la división de patrimonio de los cónyuges de nacionalidad rusa, decisión judicial en la que se detalla lo siguiente:

— Activo en España: A) Una vivienda cuyos derechos de uso han sido asignados a la esposa y al hijo menor del matrimonio en Medidas Provisionales. B) Mobiliario y enseres del do-

¹ STS 18 octubre 2021 (RJ 1402/2021).

² Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Málaga de 15 julio de 2019 (RJ 15/2019).

- micilio familiar, cuyo uso han sido asignados a la esposa y al hijo menor del matrimonio en Medidas Provisionales. C) 100% participaciones de una empresa mercantil. D) 100% participaciones de otra empresa mercantil.
- Pasivo en España: A) Crédito hipotecario para la adquisición de la vivienda familiar. B) Crédito de la esposa por pagos del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar con cargo a su patrimonio privativo, durante el periodo comprendido entre septiembre de 2018 y la actualidad. C) Crédito de la esposa por pago de Impuestos Locales de 2018 con cargo a su patrimonio privativo.

6. En el recurso de apelación planteado por la actora ante la Audiencia Provincial de Málaga se solicitó en primer término la nulidad de la sentencia por falta de motivación con el objetivo de que se dictara una nueva sentencia por parte del juzgado de primera instancia, motivo que fue desestimado. En efecto, la sentencia dictada en apelación y ahora comentada analiza y razona los hechos que han conducido a la exclusión en la sentencia recurrida de una serie de partidas económicas que la esposa pretende incluir como pasivo dentro del inventario, sin que se pueda tachar de falta de motivación a la sentencia de instancia porque, aunque ésta sea escueta, permite saber cuál es la *ratio decidendi* de la decisión judicial y en consecuencia, no se aprecia el defecto procesal de falta de motivación denunciado ya que la sentencia contiene las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales en los que se ha fundamentado la decisión.

7. Desestimado tal motivo al no apreciarse la concurrencia del defecto procesal de falta de motivación, la sentencia dictada en apelación analiza si procede o no la inclusión en el pasivo del inventario (necesario para la liquidación de la sociedad conyugal) de unas cantidades transferidas por la esposa a la cuenta de cargo de la adquisición del inmueble, por importe de 701.500 euros, cantidad proveniente a su vez del cobro de la herencia de su madre (también de nacionalidad rusa) y cuya herencia se había abierto y liquidado en Moscú. La sentencia de instancia había desestimado la inclusión de dicha partida en el pasivo: *“porque no se sabe la procedencia del dinero que se transfiere ni tampoco, aunque ellos fuera así, se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)”*.

8. Tal y como posteriormente será analizado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en apelación estima que sí procede incluir en el pasivo de tal inventario dicho crédito de la esposa por el señalado importe de 701.500 euros, en concepto de contribución a la adquisición de la vivienda familiar con cargo a su patrimonio privativo (herencia materna), y la sentencia (en su Fundamento de Derecho tercero) señala que tal calificación de la aportación de la esposa como privativa deriva del contenido del Derecho ruso (en particular del tenor del artículo 33 del Código de Familia ruso).

III. Ausencia de fundamentación de la atribución de competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles en relación al supuesto planteado en el litigio.

9. Ninguna consideración se realiza o contiene ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación ahora comentada en relación a la fundamentación procesal de la atribución de la competencia judicial internacional a favor de nuestros tribunales españoles para el enjuiciamiento de un divorcio o ruptura matrimonial de dos cónyuges de nacionalidad rusa tramitada además ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Málaga.

10. Un comentario jurisprudencial debe analizar y evaluar el contenido de la decisión judicial y también sus lagunas o silencios. Y en este sentido resulta muy significativa la ausencia de fundamentación en ambas sentencias respecto al foro o criterio de competencia judicial internacional en el que poder basar la atribución del litigio a los tribunales españoles; tal argumentación debiera haberse incorporado al fundamento de derecho primero en una y en otra resolución judicial, y ello hubiera conducido

a identificar el bloque normativo aplicable: bien el relativo al ámbito normativo europeo (Reglamento 2201/2003³, en la actualidad reemplazado por el Reglamento (UE) 2019/1111⁴ al haber entrado en vigor el pasado 1 de agosto de 2022) o bien al correspondiente al sistema autónomo español (LOPJ⁵); resulta claro que ha de ser el primero de estos bloques normativos (el europeo) el que hubiera debido ser utilizado para verificar de oficio su propia competencia por parte de los tribunales españoles.

11. En particular, cabe recordar que el Reglamento 2201/2003 (en vigor en el momento del litigio y aplicable por quedar el mismo adscrito a su ámbito material de aplicación) señala en su artículo 1. a) que: *“El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial”*.

12. Tal previsión es extensible y aplicable, por tanto, al pronunciamiento civil (divorcio) que realiza el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga, al tratarse (art. 2 del citado Reglamento 2201/2003) de *“un órgano jurisdiccional, una autoridad de un Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”*.

13. Cubierta o materializada tal premisa clave, será el foro o criterio de competencia judicial internacional recogido en el art. 3.1.a)⁶ del citado Reglamento 2201/2003, concretado en la residencia habitual de los cónyuges en territorio español, el que permita fundamentar tal atribución competencial a favor de los tribunales españoles. El hecho de que tal competencia no haya sido objeto de impugnación por ninguna de las partes no obsta para tener que proceder por parte de uno y otro órgano jurisdiccional a tal verificación de oficio de su propia competencia, atendiendo al tenor del artículo 17 del propio Reglamento 2201/2003⁷.

IV. Parquedad argumental de la sentencia en relación a la norma de conflicto de obligatoria aplicación por parte de los tribunales españoles para designar la ley aplicable a la cuestión litigiosa.

14. Ni la sentencia de instancia ni la de apelación, ahora comentada, representan en realidad edificantes ejemplos acerca de la invocación y aplicación (imperativa u obligatoria, *ex art.12.6 del Código*

³ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L 178 de 25 junio 2019.

⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 julio 1985.

⁶ Art. 3 del Reglamento 2201/2003: *“1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o

- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o

- la residencia habitual del demandado, o

- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término “domicile” se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

⁷ Art. 17 del Reglamento 2201/2003: *“El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente”*.

Civil español⁸, en adelante Cc) de las normas de conflicto vigentes en el Derecho español para resolver la cuestión de cuál de los ordenamientos potencialmente aplicables al caso (en este caso, el ordenamiento español o el derecho ruso) ha de ser finalmente utilizado para resolver la cuestión material o de fondo planteada en un litigio con un componente de internacionalidad como el ahora analizado.

15. El citado art. 12.6 Cc⁹ expresa de forma taxativa el carácter imperativo de las normas de conflicto previstas en nuestro ordenamiento jurídico. De la lectura del precepto se derivan, cuanto menos, tres ideas claras: En primer lugar, el hecho de que la norma goza de una naturaleza imperativa. El operador jurídico está compelido a aplicarla cuando la situación objeto de regulación así lo requiera; esto es, cuando presente un elemento de extranjería¹⁰.

16. En segundo lugar, y en línea con la afirmación anterior, del art. 12.6 Cc se desprende con claridad el hecho de que el operador no deberá esperar a que las partes le aleguen la posible aplicación de la norma de conflicto debiendo, por contra y en claro reflejo de su imperatividad, aplicarla de oficio. Por último, en tercer lugar, tanto la imperatividad, como la consecuente aplicación de oficio, se reputa de todas las normas de conflicto del modelo español, ya sean éstas de origen estatal, o se encuentren incorporadas en textos convencionales o institucionales que vinculen a nuestro país¹¹.

17. Cabe ahora recordar que la sentencia de instancia, y como segunda razón para desestimar la inclusión en el pasivo de las partidas objeto de recurso invocó que, aun cuando se hubiera acreditado el carácter privativo de las cantidades abonadas por la esposa, tampoco hubiera procedido su inclusión en el pasivo “*porque no se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)*”.

18. La propia sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Málaga califica esta argumentación como “*concisa*”, para a continuación incurrir en el error de obviar tal dimensión normativa conflictual y proceder de forma que deriva la cuestión de la identificación de la ley aplicable al fondo del litigio directamente al segundo escalón (es decir, el posterior al del empleo de la norma de conflicto), limitando así y centrando su fundamentación jurídica únicamente en la cuestión del ámbito probatorio del derecho extranjero (en este caso, el del ordenamiento jurídico ruso).

19. Es decir, la sentencia de apelación no solo no solventa la laguna argumental apreciada en la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga en primera instancia, sino que en realidad elude pronunciarse sobre tal cuestión, que queda así irresuelta dando por válida la incorrecta y equívoca invocación genérica de la norma de conflicto del art. 9 Cc¹², invocación de la que infiere la aplicación del derecho ruso al caso planteado.

20. ¿Cuál hubiera debido ser la correcta y fundamentada secuencia argumental en relación a esta dimensión conflictual en una y otra decisión judicial? En primer lugar, debiera haberse procedido a una labor previa de calificación y de acertada selección de la norma o normas de conflicto aplicables.

⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid de 25 julio 1889.

⁹ Art. 12.6 del Cc: “*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

¹⁰ A. REMIRO BROTONS, “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis*, (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), núm. 33 a 36, 1973-74 (Symbolae García Arias), pp. 605-646.

¹¹ P. GRAULICH, “La signification actuelle de la regle de conflict”, *Mélanges offerts a P. Weill*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 9-20.

¹² Art. 9.1 y 2 del Cc: “*1. 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.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”.

21. En realidad, y pese a que ni otra decisión se hacen eco de tal cuestión, son dos las dimensiones conflictuales que se obvian y dejan sin resolverse: la primera de ellas corresponde a la concreción de la ley rectora de la sucesión, abierta en 2013, de la madre de la cónyuge actora litigante (ambas de nacionalidad rusa), porque parte de su caudal relicto es destinado a la adquisición de la vivienda familiar por parte de la heredera; y la segunda, la troncal o principal es este supuesto litigioso, radica en la concreción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial de los cónyuges rusos ahora litigantes.

22. El primer ámbito conflictual, el sucesorio, queda regido desde la óptica de nuestro Derecho por la ley rusa, ya que la apertura de la herencia en 2013 deja el supuesto fuera del ámbito de vigencia temporal del Reglamento europeo 650/2012¹³ y por tanto la norma conflictual del art. 9.8 Cc¹⁴ conduce a la aplicación de la ley de la nacionalidad de la causante en el momento del fallecimiento.

23. La segunda dimensión conflictual queda centrada en la determinación de la ley rectora del régimen económico matrimonial de los cónyuges rusos, residentes en España, y de cuya liquidación de la sociedad conyugal trae causa el litigio resuelto en la sentencia objeto de la presente Nota.

24. Tal y como ha sido indicado, a la escueta afirmación contenida en la sentencia de Instancia, al señalar que “*no se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)*” se suma la respuesta en la sentencia de apelación señalando que “*tal concisa argumentación plantea dos cuestiones, una de orden procesal y otra de orden material*”.

25. De este modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga centra directamente su fundamentación jurídica en la prueba del derecho extranjero (el ordenamiento jurídico ruso en materia de familia, en particular el artículo 33 del Código de Familia ruso).

26. ¿Cuál hubiera debido de ser el razonamiento y la fundamentación jurídico conflictual en una y otra instancia desde esta dimensión normativo conflictual? En primer lugar, seleccionar de forma correcta la norma de conflicto aplicable en esta materia por parte de los tribunales españoles. Para ello hubiera sido preciso acudir con preferencia al Reglamento 2016/1103¹⁵ sobre competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en particular analizar su ámbito material, personal y temporal de aplicación, porque solo una vez descartada la aplicación de la norma europea al supuesto ahora analizado deberían nuestros tribunales (como ocurre en el litigio ahora analizado) aplicar las normas de conflicto internas españolas para identificar así la ley aplicable al fondo del mismo¹⁶.

27. Caso de haber resultado de aplicación tal normativa europea que prevé además su carácter de eficacia universal o *erga omnes* (art. 20 del Reglamento 2016/1103) y que desplaza a nuestro art. 9.2

¹³ Reglamento (CE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201 de 27 de julio de 2012.

¹⁴ Art. 9.8 del Cc: “*La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*”.

¹⁵ Reglamento (CE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales DOUE L 183 de 8 julio de 2016.

¹⁶ A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, n° 1, pp. 259-285.

Cc.¹⁷, la norma contenida en el artículo 26 del citado Reglamento (UE) 2016/1103, prevé que, en defecto de elección de ley por las partes, la cuestión material objeto de la litis debiera haber sido resuelta conforme a *“la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; en su defecto, de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias”*.

28. Si la acción judicial de la que trae causa la sentencia objeto del presente comentario hubiere sido iniciada con anterioridad al 29 de enero de 2019 (y por tanto hubiere devenido inaplicable el Reglamento 2016/1103), la norma de conflicto interna o autónoma española sería la aplicable¹⁸; ésta no puede entenderse como correctamente invocada mediante el recurso a la genérica y vaga cita o invocación del artículo 9 Cc. que realiza la sentencia de instancia y que tampoco enmienda la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en apelación; en efecto, resulta necesario precisar el concreto apartado del tal precepto que haya de ser aplicable; en particular, en este caso (en defecto de aplicación de la norma europea, aplicable siempre con preferencia a nuestro sistema interno o autónomo) sería de aplicación por nuestros tribunales lo dispuesto en el artículo 9.2 Cc (norma conflictual interna española que se diseñó para regular las relaciones personales y económicas derivadas del matrimonio, mientras que el art. 9.3 Cc refiere al régimen matrimonial pactado), con arreglo al cual, *“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*.

V. Alegación y prueba del derecho extranjero

29. Tal y como ha sido antes indicado, la sentencia de instancia desestimó la pretensión de la actora (centrada en solicitar la inclusión en el pasivo de las aportaciones económicas realizadas por ella para la adquisición de la vivienda del matrimonio provenientes de la herencia de su madre rusa) porque a su juicio no se acreditó que el derecho personal aplicable a las partes atribuyera a la herencia de una de ellas carácter privativo o ganancial.

30. La Audiencia Provincial cuestiona tal argumentación anclando su fundamentación jurídica en la dimensión procesal de la alegación y prueba del Derecho extranjero. En particular, el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia, tras citar doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la prueba del Derecho extranjero, señala expresamente que:

“A la vista de esta doctrina jurisprudencial, la segunda razón expuesta en la sentencia de primera instancia resulta errónea pues, en primer lugar, la carga de la prueba del derecho extranjero no correspondía sólo a la esposa proponente del inventario y, en segundo lugar, este tribunal de apelación fácilmente ha obtenido información referente a que el régimen económico matrimonial supletorio en Rusia resulta similar al de la sociedad de gananciales de nuestro Código Civil español pues, con arreglo al artículo 33 del Código de Familia ruso, no existen diferencias aparentes entre un sistema y otro, y así, entre otras muchas identidades, por lo que afecta a esta litis, dicho precepto dispone que el régimen económico del matrimonio será, en defecto de pacto, el de comunidad de bienes adquiridos constante matrimonio. Se incluyen en dicha comunidad las ganancias obtenidas por cada cónyuge en su trabajo o negocio o por su actividad intelectual, las pensiones o indemnizaciones que les correspondan, los bienes adquiridos a expensas de dichas ganancias, y, en general, cualesquiera otros adquiridos por los esposos durante el

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, nº 2, p. 188.

¹⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimoniales y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, nº1, pp. 8-50.

matrimonio. Se reconoce expresamente el derecho a participar en la comunidad matrimonial al cónyuge que careciera de ingresos propios por haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos o por otra causa razonable, y son bienes privativos los pertenecientes a cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio y aquellos recibidos durante el mismo por herencia o por actos a título gratuito”.

31. Atendiendo a la orientación jurisprudencial de nuestros Tribunales y a la corriente doctrinal mayoritaria, cabría validar la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Málaga conforme a la siguiente argumentación: en primer lugar, cuando un litigio que se sigue ante tribunales españoles se rija por un Derecho extranjero, las partes deben fundamentar sus pretensiones en tal Derecho extranjero. Es decir, los fundamentos jurídicos de la demanda, contestación y reconvencción deben extraerse del Derecho extranjero que regule el litigio por mandato de la norma de conflicto española¹⁹.

32. En segundo lugar, debe tenerse presente que el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español²⁰ (en adelante, LEC) es la clave de bóveda de todo régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español, como así lo admite el art. 33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil²¹ (en adelante, LJCIMC). El art. 281.2 LEC²² regula: (a) La necesidad de prueba del Derecho extranjero; (b) El objeto de la prueba cuando se trata de acreditar el Derecho extranjero, esto es, los extremos concretos a probar en relación con un Derecho extranjero; (c) La regla general de la carga de la prueba del Derecho extranjero y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba.

33. Por tanto, el art. 281.2 LEC tiene un carácter central y carácter general²³. El régimen de la prueba del Derecho extranjero contenido en el art. 281.2 LEC es un régimen general. Vincula, salvo regulación especial para ciertos sectores del Derechos, a todos los tribunales españoles en todos los órdenes jurisdiccionales, visto también el carácter supletorio de la LEC. El art. 33.1 LJCIMC admite que este precepto es el que contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero: “La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia”.

34. El art. 281.2 LEC no indica que la prueba del Derecho extranjero debe realizarse, necesariamente, en cada litigio regulado por un Derecho extranjero, “proceso por proceso”. Tampoco indica que el Derecho extranjero haya que probarlo “siempre” o “en todo caso”²⁴. Es bien sabido que cuando el legislador no desea que una regla de apoyo a la norma de conflicto, como es el art. 281.2 LEC, presente excepciones, lo dice bien claro (art. 12.1 Cc: la calificación se debe realizar, siempre, con arreglo a la Ley española; art. 12.3 Cc: la Ley extranjera que produce efectos contrarios al orden público internacional español no puede aplicarse en ningún caso). Y tampoco precisa el art. 281.2 LEC si el Derecho extranjero hay que probarlo sólo cuando se exige su aplicación al caso o también cuando se invoca en el proceso, pero no con la finalidad de que sea aplicado por el tribunal español. Por ello, cabe formular una regla general y varias excepciones sobre esta cuestión. La regla general consiste en que cada vez que debe aplicarse un Derecho extranjero, éste debe probarse en el concreto proceso de que se trate. La regla arranca de una sencilla premisa: se puede presumir que el tribunal español no conoce el Derecho extranjero. Por eso hay que probarlo. Será, sin duda, el caso más normal y más frecuente.

¹⁹ SAP Gipuzkoa 14 marzo 2017, [ECLI:ES: APSS:2017:23].

²⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 de 2000.

²¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

²² Art. 281.2 LEC: “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

²³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), “Tratado de Derecho Internacional Privado” tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pág. 666.

²⁴ C. ESPLUGUES MOTA, “Application of Foreign Law”, München, Sellier, 2011.

Respecto a la primera excepción, si el tribunal español, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento del Derecho extranjero, éste debe quedar acreditado en autos, pero no será preciso exigir a las partes la prueba del mismo. No es preciso probar lo que ya ha quedado probado. En cuanto a la segunda excepción, cuando una parte invoca el Derecho extranjero no como *ratio decidendi* para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto, sino como mero apoyo *ad adjuvandum* de sus pretensiones o como ejemplo jurídico que se proporciona al tribunal, o como mera prueba de que una legislación está vigente en un determinado territorio, entonces no es necesario probar el Derecho extranjero²⁵.

35. Respecto a los aspectos procedimentales de la prueba del Derecho extranjero, dichos aspectos se regulan en los arts. 33-36 LCJIMC. Estos preceptos contienen una regulación de tres importantes aspectos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: (a) El valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); (b) La solución a seguir en el caso de que resulte imposible, para las partes, probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC); (c) El régimen jurídico de la llamada “información del Derecho extranjero”, esto es, la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un concreto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.

36. El régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los “hechos procesales”. Ahora bien, “hechos procesales” y “Derecho extranjero” son realidades diferentes, ya que el Derecho extranjero no es un “hecho procesal” sino un conjunto de normas jurídicas, y tampoco desarrolla en el proceso la función propia de los hechos procesales, sino la función, estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio²⁶. Por ello, el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero presenta ciertas particularidades en relación con el régimen de la prueba de los hechos. Lo expresa muy bien el TS cuando afirma que “el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba”²⁷. El TS subraya, en efecto, que el tratamiento jurídico de los “hechos procesales” y del Derecho extranjero es “similar”, pero no “igual” o “el mismo”

37. En conclusión, cabe afirmar que en DIPr. español opera una regla general: la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, a los sujetos particulares y no al tribunal que conoce del asunto. Esta regla general se completa con dos reglas específicas: (a) El tribunal competente puede ayudar, complementar o completar la prueba realizada por las partes, si bien no puede sustituir a las partes en la prueba del Derecho extranjero (Preámbulo V LJCIMC 2015: “*Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios*”; (b) El tribunal competente debe intervenir y probar el Derecho extranjero cuando las partes, pese a haber intentado de buena fe la prueba del mismo, no lo hayan logrado. Resulta preciso explorar estas reglas, pues la regulación de la carga de la prueba del Derecho extranjero no destaca por su precisión y claridad en el art. 281.2 LEC y en el art. 33 LCJIMC.

VI. Consideraciones finales

38. Tres son las cuestiones que, vinculadas a nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, han de ser destacadas en la valoración de la sentencia objeto del presente comentario: por un lado, la ausencia de argumentación jurídica que fundamente la competencia de nuestros tribunales españoles

²⁵ SAP Madrid 20 febrero 2014 (RJ 129/2014).

²⁶ F. CALVO BABÍO, “Problemas para probar Derecho extranjero en procedimientos judiciales españoles”, *Juris*, n.º 93, 2005, pp. 85-61.

²⁷ STS 17 abril 2015 (RJ 198/2015).

para el conocimiento de un litigio entre dos ciudadanos de nacionalidad rusa, estando centrada la litis en la concreción del inventario vinculado a la liquidación de la sociedad conyugal.

39. En segundo lugar, la concreción, identificación y aplicación de la norma de conflicto que los tribunales españoles deban utilizar para determinar la ley rectora del régimen económico matrimonial aplicable al supuesto planteado, y en tercer lugar la dimensión adscrita al ámbito de la alegación y prueba del Derecho extranjero ante nuestros tribunales (en particular, y en relación a la litis planteada, la acreditación y aplicación del Código de Familia ruso).

40. Cabe recordar que el art. 12.6 Cc, atribuye un carácter imperativo a la norma de conflicto. El juez español está obligado a aplicarla, de la misma forma y en los mismos términos en que está obligado a aplicar el resto de normas del ordenamiento jurídico nacional. Al amparo de este artículo, las partes no tienen necesidad de alegar la aplicabilidad de una específica norma de conflicto española al exponer sus pretensiones ante el juez. Será éste quien, al verificar la presencia de un elemento de extranjería en el litigio ante el suscitado, procederá de oficio a la aplicación de ésta.

41. Y cabe recordar que no basta una genérica invocación, como se realiza en la decisión analizada, del art. 9 del Código civil, sino que es preciso primero seleccionar el bloque normativo aplicable (el europeo, el convencional y el interno o autónomo español) y, en segundo lugar, caso de resultar de aplicación este último, proceder a identificar de forma concreta el precepto aplicable (en este supuesto, el art.9.2 CC).

42. Respecto a la alegación y prueba del derecho extranjero, el pronunciamiento contenido en la sentencia objeto del presente comentario, al señalar que “*este tribunal de apelación fácilmente ha obtenido información referente a que el régimen económico matrimonial supletorio en Rusia resulta similar a la de la sociedad de gananciales de nuestro Código civil español*” plantea esta reflexión final: el legislador español asume la falta de obligación del juez español de conocer el contenido del derecho extranjero y, de esta suerte, el principio *iura novit curia* se entiende exclusivamente circunscrito al conocimiento del derecho español. ¿Podría el juez —exista o no una actitud diligente por las partes— suplir con su eventual conocimiento personal del derecho extranjero la ausencia de prueba de éste por las partes?; ¿basta la recepción de “información” o debe acreditarse también por el órgano judicial la vigencia y contenido de ese Derecho extranjero?

43. Hay una línea doctrinal entre la que cabría destacar a Francisco J. Garcimartín Alférez²⁸, conforme al cual al analizar la cuestión que parece plantearse en la sentencia objeto del presente comentario, relativa al conocimiento privado del juez, “se podría sostener que pese a que el actor no haya alegado ni probado el derecho extranjero, el juez podría resolver conforme a ese Derecho extranjero si lo conoce, bien por su conocimiento privado, bien utilizando los artículos 281.2 in fine LEC y 35 LCJI. Esta construcción, no obstante, es muy discutible: genera situaciones de grave incertidumbre procesal, (la solución al litigio va a depender de cada juez) y riesgo de indefensión. La única excepción posible es si ambas partes invocan el Derecho extranjero sin aportar pruebas definitivas: el juez podría, en tal hipótesis, resolver conforme al derecho extranjero utilizando su conocimiento privado o “cualquier medio de averiguación que estime necesario”.

44. La Audiencia Provincial de Málaga fundamenta su decisión en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En ese sentido, la doctrina, respecto a la prueba del derecho extranjero, es unánime al interpretar que el tratamiento procesal que recibe el derecho extranjero es de un “hecho” *sui generis*, de ahí que el régimen de prueba sea igualmente singular. La evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la

²⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Derecho internacional privado”, Civitas Thomson Reuters, 2021, Pamplona, 6ª edición, p.245.

prueba de los hechos, sino que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos²⁹. Si el juez, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable.

45. Hay que tener presente la labor que ha desarrollado el Tribunal Constitucional al reconocer que el juez debe participar en la investigación del contenido del Derecho extranjero en los supuestos en que las partes hayan intentado probarlo, pero no lo hayan conseguido, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva³⁰.

46. Esta misma doctrina es la recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015³¹ en la que se afirma que, como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el art. 281.2 de la LEC exige la prueba de su “contenido y vigencia”, si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de “la persona que invoque el derecho extranjero”, sino que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la LEC, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho.

Por todo ello cabe afirmar que, aunque tal vez hubiera necesitado de un mayor desarrollo argumental, la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Málaga respecto a esta dimensión de alegación y prueba del Derecho extranjero es correcta.

²⁹ STS de 3 de marzo de 1997 (RJ 157/1997).

³⁰ STC de 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000).

³¹ STS de 20 de mayo 2015 (RJ 287/2015).

Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2021

Chronicle of international labor jurisprudence 2021

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 09.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7214

Resumen: En el año natural 2021 no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten al estado español. Tampoco se han evacuado pronunciamientos del TEDH en materia laboral o de protección social en los que España haya sido parte. Sí contamos, como suele cada vez ser habitual, con numerosas resoluciones del TJUE de contenido social en los que el estado ha sido parte. De los 20 asuntos que resuelven cuestiones prejudiciales que devuelve la base de datos CURIA se han analizado los siguientes, por ser los especialmente relevantes.

La **STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] INSS y BT**, aborda la adecuación al ordenamiento comunitario de la regla patria que impide acceder a la jubilación anticipada a las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar que reciban un complemento por mínimos en su pensión.

La temática sobre la que se pronuncia el **ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] JL y Fondo de Garantía Salarial** es sobre si los límites que fija la normativa nacional sobre el abono de parte del salario por parte del Fondo de Garantía Salarial en los supuestos de trabajos a tiempo parcial son acordes al acervo comunitario.

La **STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] YJ e INSS**, versa, en un asunto ya tratado anteriormente por el propio tribunal, sobre la exclusión del complemento de jubilación que se devenga por haber tenido hijo en edad activa laboral a aquellas mujeres que acceden a la jubilación de manera anticipada voluntariamente.

El **ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid**, trata dos temas: la reclasificación operada del personal temporal, y el acceso limitado a las pruebas selectivas de consolidación del personal temporal.

La **STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN** aborda un tema ya recurrente en nuestro ordenamiento jurídico, cuál es la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en una Administración Pública.

El problema jurídico tratado en la **STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] Servicio Aragonés de Salud y LB** plantea la posibilidad de solicitar una excedencia un puesto de trabajo fijo para ocupar otro de carácter temporal en otra Administración Pública.

La **STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A.** plantea la subrogación empresarial de un trabajador en la prestación de un servicio público.

La **STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] F.C.I. y INSS**, trata, como en otras ocasiones, de la discriminación en el acceso a una pensión de viudedad para el supérstite que no había constituido la formalización de la pareja de acuerdo con las normas del ordenamiento español

El **ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF***, examina el disímil trato que recibe el percibo del complemento de antigüedad en las relaciones laborales, de duración determinada e indefinida.

Muy interesante es el **ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha***, que analiza el diferente trato en relación con las guardias localizadas en los servicios de salud que el ordenamiento dispensa a los trabajadores con vínculo estable en relación con los de relación laboral determinada.

Palabras clave: Jubilación anticipada, empleados de hogar, trabajadores a tiempo parcial, garantías del salario. Fogasa, complemento de jubilación por haber tenido hijo, exclusión para modalidades de jubilación anticipada, consolidación de personal eventual en el empleo público, interinidad por cobertura de vacantes. Administración Pública, excedencia para ocupar otro puesto en la Administración Pública, subrogación empresarial, transmisión de empresas, pensión de viudedad, correcta constitución de una pareja de hecho, complemento de antigüedad, diferencia de trato dependiente de si la duración de la relación laboral es determinada o indefinida, guardias localizadas en servicios de salud. Diferencia de trato en relación a la naturaleza, estable o temporal, del vínculo jurídico.

Summary: In the calendar year 2021, no resolutions of the Committee on Freedom of Association have been issued that affect the Spanish state. Nor have the ECHR pronounced on labor or social protection matters in which Spain has been a party. We do have, as is increasingly the case, numerous CJEU resolutions of social content in which the state has been a party. Of the 20 cases that resolve preliminary questions returned by the CURIA database, the following have been analyzed, as they are especially relevant.

The **STJUE of January 21, 2021 [C-843/19] *INSS and BT***, addresses the adequacy to the community system of the homeland rule that prevents access to early retirement to workers employed in the family home who receive a supplement for minimum on your pension.

The issue on which the **ATJUE of March 3, 2021 [C-841/19] *JL and Salary Guarantee Fund*** pronounces is whether the limits set by national regulations on the payment of part of the salary by the Salary Fund Salary guarantee in cases of part-time jobs are in accordance with the *acquis communautaire*.

The **STJUE of May 12, 2021 [C-130/20] *YJ and INSS***, deals, in a matter previously dealt with by the court itself, on the exclusion of the retirement supplement that accrues for having had a child of active working age to those who voluntarily access early retirement.

The **ATJUE of June 2, 2021 [C-103/19] *Single Union of Health and Hygiene and Union of Health of Madrid and Ministry of Health of the Community of Madrid***, deals with two issues: the reclassification operated by temporary personnel, and the limited access to selective consolidation tests for temporary staff.

The **STJUE of June 3, 2021 [C-726/19] *Madrid Institute for Rural, Agrarian and Food Research and Development and JN*** addresses an already recurring issue in our legal system, which is the termination of an interim contract for coverage of vacancy in a Public Administration.

The legal problem dealt with in the **STJUE of June 3, 2021 [C-942/19] *Aragonese Health Service and LB*** raises the possibility of requesting a leave of absence for a permanent job to occupy another temporary one in another Public Administration.

The **STJUE of June 24, 2021 [C-550/19] *EV and Obras y Servicios Públicos, S.A., and Acciona Agua, S.A.*** raises the business subrogation of a worker in the provision of a public service.

The **STJUE of October 14, 2021 [C-244/20] *F.C.I. and INSS***, deals, as on other occasions, with discrimination in access to a widow's pension for the survivor who had not constituted the formalization of the couple in accordance with the norms of the Spanish legal system

The **ATJUE of December 13, 2021 [C-151/21] *Health Service of Castilla-La Mancha and BF***, examines the dissimilar treatment received by the seniority complement in labor relations, of fixed and indefinite duration.

Very interesting is the **ATJUE of December 13, 2021 [C-226/21] *KQ and the Castilla-La Mancha Health Service***, which analyzes the different treatment in relation to the guards located in the health services that the system provides to workers with a stable relationship in relation to those with a specific employment relationship.

Keywords: Early retirement. Home employees, part-time workers, salary guarantees, Foggy, retirement supplement for having a child, exclusion for early retirement modalities, consolidation of temporary personnel in public employment, interim for covering vacancies, public administration, leave of absence to occupy another position in the Public Administration, business subrogation, transfer of companies, widow's pension, correct constitution of a de facto couple, complement of seniority, difference in treatment depending on whether the duration of the employment relationship is determined or indefinite, guards located in health services, difference in treatment in relation to the nature, stable or temporary, of the legal bond.

Sumario: I. Tribunal de justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] *INSS y BT*. 2. ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] *JL y Fondo de Garantía Salarial*. 3. STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] *YJ e INSS*. 4. ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] *Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid*. 5. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN*. 6. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] *Servicio Aragonés de Salud y LB*. 7. STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] *EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A.* 8. STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] *F.C.I. y INSS*. 9. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF*. 10. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*.

I. Tribunal de justicia de la Unión Europea

1. La jurisprudencial analizada en esta crónica de resoluciones del TJUE en las que España ha sido parte se ha extraído de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Cohesión económica, social y territorial; Derechos fundamentales; Educación, formación profesional y juventud; Empleo; Estatuto de los funcionarios y régimen aplicable a los otros agentes; Fondo Social Europeo (FSE); Libertad de establecimiento; Libre circulación de los trabajadores; Libre prestación de servicios; No discriminación; Política social; Protección de datos; Salud pública; y Seguridad social.*

De los 20 asuntos que devuelve la base de datos se han seleccionado los 10 que muestran un interés directamente relacionado con cuestiones sociolaborales.

2. STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] *INSS y BT*. Jubilación anticipada voluntaria de personas trabajadoras del hogar familiar.

A) Hechos del litigio principal

3. La resolución de la cuestión prejudicial aborda un tema especialmente relevante y que quizá vaya a tener una corrección legislativa en las próximas fechas: la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación anticipada voluntaria para las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar mediante la relación laboral especial. La modificación de este régimen especial de contratación se encuentra en la agenda ministerial, y no sería extraño la modificación de esta relación laboral especial en este curso político.

B) Cuestión jurídica debatida

4. Los hechos acaecidos son relativamente sencillos, y, además, bastante frecuentes e la práctica, en la realidad. La demandante solicita del INSS una pensión de jubilación anticipada con 63 años de

edad. Acredita cotizaciones por más de 14.000 días en el régimen, actualmente integrado en el general, que el ordenamiento español prevé para este tipo de actividades. El INSS le deniega la pensión básicamente porque no cumplía el requisito legal de que el importe de la pensión que causara cuando tuviera la edad ordinaria de jubilación fuese superior al importe de la cuantía mínima que el sistema prevé para (cualquier de) las pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social.

El Juzgado de lo Social que resuelve la impugnación jurisdiccional de dicha resolución administrativa entiende que dicho parecer técnico constituye una discriminación indirecta hacia las mujeres contrario al ordenamiento comunitario, por dos razones. En primer lugar, porque el sector de las empleadas de hogar está mayoritariamente integrado por mujeres y la aplicación de la regla técnica objetivamente las discrimina. Y, en segundo lugar, porque incluso aunque un trabajador se emplee en dicho régimen especial durante un período de tiempo muy elevado (44 años y medio de cotización) no tendría derecho a una pensión de jubilación de manera anticipada.

El recurso impetrado frente a la resolución del Juzgado de instancia es abordado por el TSJ competente, que suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta con esta resolución.

El problema jurídico técnico en discusión es que el ordenamiento laboral impide el acceso a la jubilación anticipada a aquellas personas trabajadoras que no puedan acceder a una pensión de jubilación cuando cumplan la edad ordinaria **años** que se encuentre por encima de la cuantía de la pensión mínima legal del sistema. Es una regla de garantía que se relaciona con la implementación de los complementos a mínimos que integran las pensiones cuando, por la forma técnica de averiguación, el resultado cuantitativo de la misma se encuentre por debajo de la pensión mínima legal. En condiciones ordinarias el trabajador que se encuentre en esta situación accederá, a la edad de jubilación ordinaria, a la pensión estándar de jubilación que necesaria y obligatoriamente se verá suplementada con un complemento para que alcance el mínimo de la pensión del sistema.

En definitiva, la norma jurídico técnica patria impide el acceso a la jubilación anticipada a aquellas personas que necesitarán un complemento de mínimos cuando accedan a la pensión de jubilación ordinaria por razón de edad.

De lo que se trata, en definitiva, es de apreciar la bondad de la norma que impide el acceso a la jubilación anticipada cuando los cotizantes no hayan adquirido, por sus propias cotizaciones, el derecho a la pensión mínima del sistema sin necesidad de complementos que la suplementen hasta la cuantía mínima legal.

El órgano jurisdiccional proponente de la cuestión prejudicial aprecia dos circunstancias muy relevantes al caso. En primer lugar, que esta imposibilidad de acceso a la jubilación anticipada voluntaria no se produce cuando se accede a la jubilación anticipada por reestructuraciones empresariales, es decir, por circunstancias que no dependen de la voluntad del sujeto. Y, en segundo lugar, que desde un punto de vista estadístico efectivamente el 89 % de los empleados en ese régimen especial de trabajadores del hogar familiar son mujeres, aunque entiende que para apreciar la discriminación indirecta la comparación debería efectuarse con el conjunto de los afiliados al **Régimen** General de la Seguridad Social, es decir, en relación con el ámbito subjetivo sobre el que se proyecta la norma cuestionada, la norma que impide acceder a la jubilación anticipada cuando no se causa derecho a la pensión mínima de jubilación.

Es importante apreciar que la regla que impide el acceso a la jubilación anticipada no es específica del régimen protector de Seguridad Social del hogar familiar (que ya no existe como tal al haberse integrado en el Régimen General), sino que, por el contrario, es una regla técnica prevista con carácter general para cualquier tipo de sujeto afiliado y en alta en el Régimen General. No es una regla, por tanto, destinada exclusivamente a las personas trabajadores que se dedican al hogar familiar, sino que su ámbito subjetivo de proyección abarca a cualquier tipo de trabajador de cualquier sector de actividad profesional.

Sí es importante destacar, desde el punto de vista estadístico, que los datos facilitados por el ministerio encargado de la Seguridad Social revelan que efectivamente es infinitamente superior el porcentaje de mujeres que reciben los complementos a las pensiones de jubilación para alcanzar la cuantía mínima lega de cualquier pensión de jubilación.

C) Normativa en presencia

5. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre): arts. 59 y 208.

D) Resolución del Tribunal

6. El tribunal comienza afirmando que ya ha tenido ocasión de declarar que el derecho comunitario no se opone, en principio, a una disposición nacional que supedita el acceso a la pensión de jubilación anticipada a que el importe de la pensión a la que el solicitante tendría derecho alcance la cuantía de la pensión mínima que percibiría al cumplir la edad ordinaria de jubilación. **Véase, en este sentido, la STJUE** de 5 de diciembre de 2019 (C-398/18 y C-428/18) *Bocero Torrico y Bode*, especialmente sus §§ 25 a 27.

También precisa que la normativa nacional cuestionada no parece contravenir de forma directa la discriminación protegida por el ordenamiento comunitario. De igual modo no aprecia que pueda deducirse una discriminación indirecta por la exclusiva aplicación de la regla controvertida en este litigio. Es cierto, no obstante, que el volumen de mujeres que acceden a la pensión ordinaria de jubilación con complementos para alcanzar el mínimo legal es mucho mayor que el de los hombres, pero de la resolución se deduce que no se le puede achacar esta consecuencia al funcionamiento técnico de la regla controvertida, que no deja de ser una regla de garantía financiera del sistema.

Por otro lado, debe constatarse si la regla técnica cuestionada responde a un objetivo general de política social. Si así fuese, la regla técnica no tendría tacha alguna de irrazonabilidad. Y, sobre este punto, el argumento que se despliega en el § 36 parece muy contundente: se entiende que la exclusión del acceso de una pensión de jubilación anticipada a las personas que deciden adelantar su jubilación sin asegurarse que van a lucrar la pensión mínima a la edad ordinaria sin complementos lo que pretende es mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social, sin perder el equilibrio que gobierna su sostenibilidad, que se sustenta en un eje sobre el que giran dos vectores, el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación, pues el acceso incondicionado y sin restricciones a una jubilación anticipada podría tener graves consecuencias para la sostenibilidad financiera del sistema en su conjunto.

El tribunal afirma, por último, que aunque si bien es cierto que las consideraciones de tipo presupuestario no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos que pretendan el apuntalamiento financiero del sistema pueden considerarse objetivos legítimos de la política social.

En definitiva, y en conclusión, los objetivos de suficiencia financiera del sistema, argüidos tanto por el INSS como por el Gobierno español pueden, en principio, justificar una diferencia de trato en perjuicio de aquellos trabajadores del servicio del hogar familiar que resulten afectados por la regla técnica cuestionada (§ 39), básicamente porque la aplicación de la misma resulta apta para cumplir dichos objetivos (§ 40), siendo aplicada con carácter general de forma objetiva y sistemática para todos los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (§ 41).

Por último, el Tribunal aprecia que el hecho de que esta causa de exclusión del acceso a la jubilación anticipada solo sea operativa para cuando la solicitud de jubilación anticipada sea voluntaria, y no lo sea para cuando el acceso a dicha jubilación anticipada lo sea por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora (básicamente crisis empresariales), juega a favor de la apreciación de la regla técnica como mecanismo que garantiza la suficiencia del sistema (§ 42).

E) Apunte final

7. No parece aventurado afirmar que la decisión del Tribunal hubiera sido distinta si la regla enjuiciada hubiera estado contenida en una norma que regulase la protección social de las personas trabajadoras dedicadas al hogar familiar. No hubiera existido problema alguno en apreciar que la norma, en apariencia neutra, perjudica indirectamente a las mujeres. Pero la regla que impide el acceso a la jubilación anticipada es para todas las personas incluidas en el régimen general de la Seguridad Social, no específicamente para las dedicadas al servicio del hogar familiar. Y aunque, como se reconoce, es cierto que las mujeres disfrutaban más de los complementos de las pensiones para llegar al mínimo legal, no puede imputarse a la norma cuestionada un efecto discriminatorio, ni directo ni indirecto.

Iniciamos el comentario de esta resolución indicando que probablemente la acción legislativa patria modificara esta problemática para dar cabida a la jubilación anticipada para las empleadas de hogar. Por dos razones. En primer lugar, porque los empleados de hogar han gozado, hasta hace relativamente poco tiempo, de un régimen especial de Seguridad Social que ha aterrizado en el general integrándose dentro de él mediante una serie de normas transitorias con el propósito de podar el sistema de regímenes especiales, edificando un régimen general de amplia base subjetiva y de prestaciones homogéneas para todo tipo de trabajadores. La integración ha producido, como quizá no pudiera ser de otra manera, algunos problemas de homogeneización, del que el expuesto en esta resolución no es sino solamente uno de ellos, y no el más problemática. Y, en segundo lugar, porque la STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20) *CJ y TGSS* ha destartado el sistema protector para este colectivo de trabajadores, al no entender razonable la exclusión de estos trabajadores del sistema protector por desempleo (al que no cotizan). Sobre el tema, y sobre todo, sobre el informe del Abogado General Szpunar al asunto C-389/20 véase el post que redacté en mi blog, que puede leerse en el siguiente link: <https://aariasdominguez.blogspot.com/2021/10/131-algo-se-mueve-en-la-prestacion-por.html>

Téngase en consideración, además, que el Gobierno Español es muy sensible a las cuestiones de género, y es una evidencia, se mire como se mire, que estamos en presencia de un sector laboral altamente feminizado, con condiciones laborales precarias necesitadas de un *aggiornamento* legislativo.

8. ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] *JL y Fondo de Garantía Salarial. Trabajadores a tiempo parcial. Insolvencia empresarial. Fogasa. Límite del abono de esos créditos.*

A) Hechos del litigio principal

9. Otra cuestión, una más, relacionada con el trabajo a tiempo parcial, verdadero campo de batalla del ordenamiento jurídico español en el Tribunal de Justicia. Porque son muchas, y de muy variada complejidad, las cuestiones que sobre esta forma de trabajar se han elevado, formando un corpus jurisdiccional de gran formato, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como, sobre todo, desde el cualitativo.

B) Cuestión jurídica debatida

10. El trabajador que motiva este pleito es un varón, aspecto relevante para la discriminación directa que pretende por razón de sexo, básicamente porque no la padece, aunque sí sirve de argumento al momento de plantear la cuestión prejudicial.

Los hechos controvertidos sucedieron de la siguiente forma. El trabajador se emplea como camarero para una empresa en una modalidad contractual de duración determinada y a tiempo parcial del 50 % de la jornada a tiempo completo comparable, es decir 20 horas semanales de trabajo efectivo, recibiendo, por tanto, la remuneración proporcional que le corresponde según el convenio colectivo aplicable.

En julio de 2018 el trabajador es despedido. El órgano judicial encargado de juzgar su pretensión de resarcimiento declara el despido improcedente, condenando a la empresa al abono de una

determinada indemnización (de 433,13€), y sobre todo, al abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, los denominados salarios de tramitación, por un importe significativo (6.170,75 €).

En diciembre de ese año la empresa es declarada insolvente, haciéndose, por tanto, cargo el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) de las deudas salariales e indemnizaciones que todavía no se habían satisfecho.

El problema técnico está en que el Fogasa no se hace cargo de la totalidad de las deudas salariales o indemnizaciones, sino que aplica la legislación laboral que reduce el quantum indemnizatorio de lo debido, abonando únicamente el doble del Salario Mínimo Interprofesional diario.

El trabajador presenta una demanda judicial contra el Fogasa con el objeto de impugnar el importe que el fondo había decidido abonarle.

Según prevé el art. 33 ET en supuestos de insolvencia empresarial el abono del que se hace responsable el fondo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada que realiza el trabajador a tiempo parcial en relación con la ordinaria de un trabajador del mismo convenio a tiempo completo comparable.

El órgano judicial considera que el funcionamiento técnico de esta regla conduce a una “*doble reducción*” en perjuicio del trabajador, básicamente porque se aplica una regla de reducción proporcional de lo debido en relación con el porcentaje de reducción de jornada del trabajador, agravándose esa regla porque sólo se hace cargo el Fogasa de los salarios debidos hasta el duplo del Salario Mínimo interprofesional.

Entiende, en definitiva, que esta doble reducción constituye una desventaja muy significativa de los trabajadores a tiempo parcial, y por eso suspende el procedimiento y plantea ante el tribunal de justicia la cuestión prejudicial que con este Auto encuentra cumplida respuesta.

C) Normativa en presencia

11. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asunto de empleo y ocupación.

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Estatuto de los Trabajadores: art. 33.

D) Resolución del Tribunal

12. El Tribunal entiende que la regla nacional por la cual el Fogasa se hace cargo únicamente de parte de los salarios e indemnizaciones debidas a los trabajadores no es contraria a la dinámica normativa comunitaria. Tampoco lo es la regla que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial, reduce proporcionalmente dichas indemnizaciones en idéntica proporción a la reducción que experimenta la jornada en relación con un trabajador a tiempo completo comparable.

Más allá de alguna escaramuza sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial, la resolución del asunto se efectúa mediante Auto, al permitir hacerlo así el Reglamento de procedimiento del propio tribunal para cuando la respuesta a la cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, o para cuando el asunto no suscite dudas conflictivas para su resolución.

El Tribunal entiende, sin ningún género de dudas, que no se produce la doble reducción argüida, porque el funcionamiento de la regla técnica de abono de los salarios dejados de percibir “*no se efectúa sobre la base del salario reducido del trabajador a tiempo parcial, sino sobre la cuantía del salario*”

mínimo interprofesional diario multiplicada por dos. Así pues no supone una reducción adicional, sino que se determina de la misma manera que el salario del trabajador a tiempo parcial a saber mediante la toma en consideración de la jornada de este último” (§ 40), apreciando que esa reducción queda amparada por la normativa comunitaria (§ 45), principalmente porque el ajuste de la norma patria “puede garantizar la misma cuantía máxima de pago, por el Fogasa, de los créditos impagados de los trabajadores por hora trabaja y, por ello, favorecer la igualdad de trato” (§ 46).

E) Apunte final

13. El mito del trabajo a tiempo parcial, tan extendido en Europa, generalmente en contexto de empleo estable, escasa precariedad laboral y cotas razonables de desempleo, nunca ha tenido un arraigo real en España. Probablemente por dos razones. En primer lugar, porque la perspectiva empresarial que se proyecta sobre el trabajo a tiempo parcial no parte de la premisa de una utilización voluntaria por las personas trabajadoras, sino sobre la realidad del menor coste (salarial y social) para el empresario. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque España soporta unas cotas de desempleo masivo incompatibles con cualquier sistema de organización racional de la mano de obra que permita diseccionar el volumen de horas necesidades de atención por los trabajadores.

Que el Fogasa **sólo satisfaga únicamente** parte de los salarios e indemnizaciones dejados de percibir por las personas trabajadoras en supuestos de insolvencia del empresario es una regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico. Se hace teniendo en consideración el tope del duplo de los Salarios Mínimos Interprofesionales diario dejados de percibir, aunque quizá pudieran idearse otras soluciones. Y efectivamente la aplicación del límite experimenta una reducción para los trabajadores a tiempo parcial. Dicha reducción es porcentualmente idéntica a la reducción de jornada que experimenta la persona trabajadora en relación con trabajador a tiempo completo comparable.

Probablemente lo más razonable sería que el sistema abonase la totalidad de salarios e indemnizaciones hasta un determinado límite, con independencia de que se tratase de personas trabajadoras a tiempo completo o parcial, del tipo de contrato de trabajo, o del tiempo de duración de este.

Ese límite funcionaría como umbral de subsistencia, y su fijación numérica constituiría, naturalmente, el arco de bóveda sobre el que se sustentaría el sistema. Verlo desde la perspectiva con la que funciona actualmente es seguir vinculando el montante indemnizatorio del que se hace cargo el Fogasa en caso de insolvencia empresarial con el tipo de contrato y con el volumen de horas de actividad laboral. Una perspectiva muy “contractual”, pero poco atenta a las necesidades que cubre el salario: la atención a las necesidades de la persona trabajadora y su familia.

Quizá lo razonable fuese la implementación de un mecanismo corrector que tuviese en consideración esta perspectiva de protección social comentada, garantizando un mínimo para todas las indemnizaciones que cubriese el Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial. De esta manera lo garantizado para el trabajador no dependería del volumen de jornada que haya trabajado, sino de las necesidades de la persona trabajadora.

14. STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] YJ e INSS. Exclusión del complemento de maternidad por haber tenido hijos a trabajadoras jubiladas anticipadamente por propia voluntad

A) Hechos del litigio principal

15. Tras la concesión de la pensión de jubilación anticipada que solicitó la propia trabajadora se recurre por ella misma la resolución administrativa de concesión, básicamente, porque entiende que el INSS debería haberle añadido a la cuantía resultantes el complemento por maternidad que se prevé en el artículo 60 de la LGSS al haber tenido tres hijos mientras trabajaba.

El argumento del INSS para desestimar su pretensión pivota sobre la aplicación del complemento de maternidad y la interpretación que se deduce de su texto para no ser aplicable en aquellos

casos en los que se accede de manera anticipada a la jubilación por una decisión voluntaria expresa del solicitante.

La trabajadora presenta demanda ante el Juzgado de lo Social competente que es quien ha planteado la cuestión prejudicial ahora resuelta.

Entiende el juez proponente que a este caso debe ser aplicada la doctrina que emana de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C 450/18) WA c. INSS cuya doctrina básica, como se analizó en la crónica de jurisprudencia de 2019 que se publicó en CdT, dicta que el complemento de maternidad que regula la LGSS para complementar las prestaciones de las mujeres que han sido madres debe interpretarse en el sentido de no excluir de su percibo a los varones que se encuentre en idéntica situación. Un salto interpretativo un poco arriesgado, como se verá seguidamente.

El juez remitente de la cuestión entiende que no existen razones objetivas para que el razonamiento seguido por el tribunal de justicia en aquel caso no sea aplicable, *mutatis mutandis*, al actual.

B) Cuestión jurídica debatida

16. La proposición de la cuestión es muy clara, y es la que determina los términos del debate: **¿Se puede considerar que existe una discriminación, directa o indirecta, según el ordenamiento comunitario por la aplicación de la regla jurídica contenida en el art. 60.4 LGSS que excluye del complemento de maternidad a las mujeres que se hayan jubilado de manera anticipada de manera voluntaria?**

Ese es el ámbito de proyección de la cuestión y no otros. Ya se observó con anterioridad que la exclusión incondicionada de los varones para el acceso al complemento no era acorde al ordenamiento comunitario. Lo que se discute ahora es otro matiz de la aplicación de la regla jurídica: la exclusión del percibo del complemento a aquellas mujeres que acceden a la jubilación anticipada de manera voluntaria.

El interés que suele mostrar el TJUE por la protección financiera de los sistemas de Seguridad Social puede dar pistas muy fiables sobre cuál puede ser la línea interpretativa que se sostenga.

Pero la resolución del tribunal no transita por ese camino. Recorre otro distinto, aquel que afirma que la discriminación por razón de sexo debe darse, para que sea operativa la Directiva comunitaria, entre personas de distinto sexo, es decir, entre hombres y mujeres (§ 20). Pero no puede ser predicable su aplicación en supuestos de aplicación de una regla técnico-jurídica que afecta a un solo de los sexos, en este caso a las mujeres (§ 21).

La directiva, por tanto, no puede aplicarse a esta situación, ya que el argumento por el cual se deniega el complemento de pensión por maternidad a las mujeres que se jubilan anticipadamente de manera voluntaria no se vincula, en ningún caso, con el sexo de la trabajadora afectada, sino con las condiciones de cotización previa o de acceso a la prestación de jubilación, siendo imposible deducir de las mismas una discriminación indirecta (§ 24).

C) Normativa en presencia

17. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo

El ya derogado art. 60 LGSS titulado “*Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*”, antes de la modificación de su texto por obra de la Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que es el actualmente vigente, disponía, en su redacción original, que es la que se enjuicia en este asunto, que: “*1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.*”

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.*
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.*
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.*

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

[...]

4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215.

No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda”.

También hay que tenerse presente el art. 208 LGSS cuando regula la Jubilación anticipada por voluntad del interesado.

D) Resolución del Tribunal

18. El tribunal entiende que la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social no es de aplicación a una normativa nacional, como la debatida, que establece un complemento de pensión por maternidad a favor de las mujeres que han tenido al menos dos hijos, biológicos o adoptado, aunque limite el acceso a dicho complemento a los supuestos de jubilación anticipada voluntaria.

E) Apunte final

19. El punto central para diferenciar cómo funciona el complemento y cuál es su mecanismo de garantía para el sostenimiento del sistema es la diferenciación práctica y operativa que existe entre la jubilación anticipada voluntaria y la jubilación anticipada por determinados motivos preestablecidos en la propia norma, generalmente relacionados con la pérdida de empleo y las dificultades para recuperarlo.

La regla general pretende la activación del complemento cuando (antes solamente la mujer) la persona trabajadora (también hombre) acceda a la jubilación a la edad ordinaria. Es el supuesto general que contiene pocas excepciones. Porque de lo que se trata de impedir, apoyándose en razones de sostenibilidad financiera del sistema, el acceso a dicho complemento a las personas trabajadoras que han accedido a la jubilación anticipada de manera voluntaria. Pero el propio ordenamiento plantea una excepción a este principio, que es que la pérdida del empleo por razones no voluntarias de la persona trabajadora en

fechas muy cercanas a la jubilación permita acceder a la jubilación, en vez de continuar en un mercado laboral especialmente dificultoso para las personas de edad cercana a la jubilación, constituyendo un supuesto de modalidad de jubilación anticipada obligada. En estos casos sí es perfectamente operativo el complemento de maternidad.

Es decir, la exclusión del complemento para las (antes sólo mujeres) personas trabajadora (ahora) que hayan accedido a la jubilación anticipadas de manera voluntaria tiene su razón de ser en la evitación de un perjuicio financiero al sistema de Seguridad Social. El razonamiento es evidente: si una trabajadora decide jubilarse de manera anticipada voluntariamente antes de la edad eje sobre la que pivota todo el sistema, detrayéndose un porcentaje de la base reguladora de la prestación de jubilación precisamente por acceder anticipadamente a la misma, parece razonable que no se suplemente la pensión con un complemento que está ideado, precisamente, para mitigar o reducir la brecha de género en esa prestación cuando se accede a ella. De esta lógica sólo escapa, precisamente aquellas personas trabajadoras que acceden a la jubilación anticipada de manera forzosa.

La solución que implementa el Tribunal es equilibrada, garantizando al percibo del complemento para aquellas personas trabajadores que efectivamente lo necesiten, pero teniendo en consideración la implementación de algunas reglas de garantía que apuntalen el sostenimiento financiero del sistema protector de Seguridad Social en su conjunto.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario parece del todo razonable que no se predique la aplicación de una Directiva de discriminación sexual en el ámbito de la Seguridad Social cuando la cuestión debatida sea la aplicación técnica a dos situaciones jurídicas en las que se encuentran personas del mismo sexo.

20. ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] *Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Transformación de personal estatuario eventual en personal estatuario interino.*

A) Hechos del litigio principal

21. La cuestión prejudicial objeto de resolución por el Auto aquí reseñado se ha planteado en el contexto de un litigio entre varios sindicatos médicos contra la Consejería de Sanidad de una Comunidad a “*propósito de la modificación del tipo de personal estatuario de determinado personal temporal nombrado por dicho servicio que ocupa plazas vacantes*” (§ 2).

Los diferentes “*quehaceres*” de las Administraciones Públicas con respecto a su personal vistos desde fuera de sus razonamientos apegados a las técnicas leguleyas más vidriosas son, por decirlo en términos neutros, ‘estupeficientes’. No sólo porque cuando una circunstancia laboral, como la aquí descrita, sea difícil de explicar de manera sencilla es que, probablemente algo mal se está haciendo, sino, sobre todo, por el tipo de personal que sufre esos “*quehaceres*” de la Administración, especialmente sensible y digno de una tutela jurídica atenta a sus especificidades.

B). Cuestión jurídica debatida

22. La cuestión controvertida surge tras la impugnación por parte de los sindicatos de una reclamación ante el orden Contencioso-Administrativo en el que cuestionaban la validez jurídica de la Orden 406/2017. Este instrumento organiza un mecanismo de transformación del personal estatuario eventual en personal estatuario interino.

Se intima la nulidad de la Orden y se pretende que no genere efectos, básicamente porque la referida Orden, y esto es lo sorprendente, “*solo se aplica al personal temporal del Servicio Madrileño de Salud con nombramiento como personal estatuario eventual, y no al resto del personal temporal que haya cubierto necesidades permanentes de ese servicio*” (§ 17). Apréciase que el ámbito subjetivo de proyección de la Orden sólo alcanza a un tipo de personal temporal, y esto es lo que permite

sostener una discriminación en el trato que se le dispensa a los trabajadores con contratos de duración determinada.

Desde un punto de vista cuantitativo, en aplicación de la Orden 9126 personas trabajadores que estaban clasificadas como “*personal estatutario eventual*” fueron reclasificadas a “*personal estatutario interino*” en el Servicio Madrileño de Salud. Estas plazas continúan vacantes hasta su definitiva provisión mediante el oportuno concurso-oposición. Queda acreditado que estas personas trabajadoras se emplean, y aquí está otra de las aberraciones de los “quehaceres” Administrativos para cubrir necesidades ordinarias y permanentes del servicio. Más de 9000 personas es una cifra suficientemente voluminosa como para no considerar que, en realidad, está realizando funciones estructurales y permanente para la empleadora, que es, recordémoslo, una Administración Pública dedicada al cuidado y atención de la salud de los ciudadanos.

Otras de las cuestiones importantes es que sólo el personal temporal al que se le aplicó la controvertida Orden, es decir, el personal estatutario eventual que fue reclasificado como personal estatutario interino, puede aspirar a consolidar su situación profesional mediante la superación del correspondiente concurso-oposición. El asombro del lector de esta resolución ya no puede ir a más. O quizá sí, porque la no superación del referido concurso supondrá, sin más, la terminación de la relación laboral de estos trabajadores.

El Juzgado proponente de la cuestión entiende que el procedimiento implementado por la Orden 406/2017 no es compatible con el Acuerdo Marco de protección del trabajo de duración determinada, por tres razones. En primer lugar, porque la Orden excluye de su ámbito de aplicación al personal temporal que no esté vinculado al empleador por un nombramiento como personal estatutario eventual. Entiende, en segundo lugar, que la Orden “*vacía de contenido*” la Directiva 1999/70, al utilizar el empleador relaciones de servicio de duración determinada para la cobertura de necesidades ordinarias y permanentes del empleador. Y, en tercer lugar, porque la empleadora continua mantenimiento el carácter temporal de la relación de servicio, ya que los interinos solo disfrutaban de una relación de servicio permanente y estable tras la superación del correspondiente concurso público.

C) Normativa en presencia

23. Derecho de la Unión Europea.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada: art. 2; puntos 6 y 8 de las Consideraciones generales; cláusula 1; cláusula 5.1.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: arts. 9, 20.1.a)

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: arts. 10, 61, 70,

Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud

D) Resolución del Tribunal

24. El Tribunal entiende que la normativa comunitaria impone que sea el **órgano jurisdiccional nacional** el que aprecie, teniendo presente las normas nacionales, si las medidas de reclasificación del personal estatutario eventual en personal estatutario interino, y su eventual consolidación tras la culminación de los procesos selectivos, son medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos que se deducen de la sucesiva aplicación de modalidades contractuales de relación determinada.

También aprecia que la normativa comunitaria no se opone a una normativa nacional que reserve sólo para el personal estatutario eventual la facultad de obtener la transformación en personal

estatutario interino, siempre que ello constituya una medida adecuada para prevenir o sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos laborales de duración determinada.

E) Apunte final

25. La reclasificación del personal la cataloga el Tribunal como una medida posible para sancionar el abuso de las modalidades de duración determinada (§ 32). Ciertamente el embridamiento de los abusos en la contratación temporal es uno de los objetivos centrales de la política laboral comunitaria. Pero se entiende que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre cómo debe interpretarse los ordenamientos internos, pues esa competencia reside en los tribunales internos, siendo ellos quienes deben decidir si el mecanismo jurídico es idóneo para la consecución de los objetivos pretendidos (§ 34).

El problema quizá haya estado mal planteado. Se ha insistido en si la transformación o reclasificación es contraria a las normas comunitarias, orillando la perspectiva de las condiciones de trabajo y su relación con las necesidades permanente de personal por parte de la empleadora.

Es una resolución, en definitiva, que deja imprejuizado el fondo del asunto, que probablemente tendrá una deriva jurisdiccional nacional más que conflictiva y que, en el fondo, sigue dejando en manos de la Administración la consolidación de más de 9000 contratos temporales en un sector como el sanitario especialmente sensible a las alteraciones normativas y a las discriminaciones administrativas.

26. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN. Sucesivos contratos de duración determinada en el sector público.*

A) Hechos del litigio principal

27. En junio de 2003 el ente publico parte en este proceso (el *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*) contrato laboralmente a la contraparte, el señor JN, mediante un contrato de duración determinada con el objeto de cubrir una plaza que se encontraba vacante en la oferta de empleo público del año anterior.

Tras un fallido concurso de traslados en 2005 en donde su puso en liza la plaza que ocupaba el señor JN interinamente y que nadie solicitó, el contrato fue prorrogado en 2008.

En el año 2009 se convocó de un proceso extraordinario de consolidación de empleo para (entre otros) los trabajadores laborales de la categoría profesional (auxiliar de hostelería) que desarrollaba el señor JN.

En julio de 2016 se adjudicaron las plazas a los candidatos seleccionados en el proceso de consolidación de empleo, recibiendo el señor JN una carta de despido en octubre de 2016 en la que, básicamente, se le indicaba que su contrato de trabajo había sido extinguido porque la plaza que ocupaba, que se había incluido en el proceso de consolidación de empleo, se había asignado a un trabajador fijo.

El señor JN impugnó su despido ante la jurisdicción social. El Juzgado de lo Social competente en septiembre de 2018 dictó sentencia en la que estimaba parcialmente la demanda, considerando que la relación laboral que había desempeñado el señor JN había pasado a ser una relación “*indefinida no fija*” al haberse superado el plazo de tres años que prevé el art. 70 del EBEP para la organización de los procesos de cobertura de vacantes, condenándose también al ente público al abono de una indemnización por despido de 20 días de salario por año de servicio trabajado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El recurso del ente público fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entiende que “*el contrato de interinidad controvertido en el litigio principal fue recalificado como contrato por tiempo indefinido, habida cuenta de la imprevisibilidad de su fecha de expiración*” (§ 19), entendiéndose que el retraso en la organización de los procesos selectivos de la cobertura de la vacante carecen de justificación en una relación laboral como la controvertida de más de trece años de antigüedad.

El Tribunal muestra sus dudas en relación con la conversión del contrato de interinidad controvertido en una relación laboral indefinida no fija, y entiende que la sucesiva suscripción de varios contratos de interinidad, o las prórrogas de éstos, se consideran abusivas, por lo que no procede la concesión de indemnización alguna. Por último, muestra sus dudas sobre la interpretación que hace el Juzgado de lo Social del art. 70 EBEP en relación con la conversión de la relación laboral interina en indefinida no fija, porque el Tribunal Supremo ha interpretado que el plazo de 3 años del precepto no constituye una garantía inamovible ni puede aplicarse automáticamente.

B) Cuestión jurídica debatida

28. Lo que se debate en el asunto gira alrededor de la aplicación de las reglas de garantía que establece la normativa comunitaria en relación con la implementación por parte de los Estados miembros de normativas eficaces para luchar contra el abuso en los mecanismos de contratación temporal. En este caso concurren las mismas circunstancias que en otras relaciones similares: que el empleador detenta unilateralmente la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo eligiendo el momento en el que comienza el proceso selectivo de cobertura de las vacantes, y que, de facto, la relación laboral, prórrogas y suscripción de nuevos vínculos mediante, puede prolongarse en el tiempo por muchos años, sin causa alguna que lo justifique **y prácticamente a voluntad del empleador, que gobierna los mecanismos idóneos para consolidar la relación laboral como de duración determinada.**

C) Normativa en presencia

29. Derecho de la Unión Europea. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, en sus art. 2, y especialmente su cláusula: 5 en relación con las “*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*” cuando dispone: “*1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, en sus arts. 4.1 en la definición que propone de contrato de interinidad; 4.2 en relación con las exigencias formales del contrato, en particular la necesidad de identificar tanto al trabajador sustituido como a la causa de la sustitución, así como la previsión que contiene en relación con que la duración de la modalidad de cobertura por vacante será el período de tiempo que dure el proceso de cobertura definitiva del puesto de trabajo.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: art 70: “*1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo*

para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente”.

D) Resolución del Tribunal

30. Antes de proceder al análisis de las cuestiones prejudiciales el Tribunal realiza una consideración general sobre la aplicación de la cláusula quinta del acuerdo Marco en sentido afirmativo al caso debatido.

La conclusión a la que llega es bien sencilla. La normativa comunitaria se opone a aquellas reglas jurídico técnicas nacionales que permitan la renovación de contratos de duración determinada sin especificar plazos precisos de finalización de los procesos selectivos a los que se vinculan los contratos de interinidad por cobertura de vacante. También se opone la normativa comunitaria a la nacional que prohíba la asimilación de estos trabajadores con trabajadores indefinidos no fijos, así como con la concesión de una indemnización por terminación.

El último considerando de la resolución precisa que la Directiva comunitaria en liza se opone a normativas internas que eviten aplicar medidas destinadas a “prevenir o sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada” justificando su inoperatividad en este sentido en consideraciones economicistas destinadas a atajar la crisis económica de 2008.

E) Apunte final

31. La pléyade de supuestos en los que la contratación laboral interina o por duración determinada en las Administraciones Públicas terminan conflictuándose ante el TJUE empieza a ser excesivamente numerosa¹. El uso y abuso de las facultades de contratación de estas Administraciones Públicas para el ejercicio de sus propias competencias (y también de aquellas otras que no son tan propias, especialmente en la Administración Local) es la razón que explica esta irregularidad. Se requiere algo más que una mera acción normativa para atajar estos problemas, básicamente porque la pulsión hacia la contratación semi clientelar está en la base de todas estas irregularidades.

En este caso en concreto, además, no puede decirse que no estuviera en manos de la propia Administración el control del devenir de esa contratación. En primer lugar, porque bien podía haber extinguido el contrato cuando tras la terminación del concurso de traslado no se cubrió la plaza que se ocupaba interinamente. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque la formalización de la correspondiente oferta de empleo público debería haber dado por terminado el referido contrato. Lo que parece del todo desajustado con cualquier sistema de selección de personal medianamente coherente es que desde junio de 2003 hasta julio de 2016 no se produjera la organización de un proceso selectivo de cobertura de vacante que llevase a la dotación definitiva de la plaza. La persona trabajadora es consciente de la debilidad en la que se encuentra su mecanismo de contratación, pero la Administración no tutela la legalidad normativa ni implementa mecanismos eficaces para evitar el fraude de ley o sancionar sus consecuencias.

Quizá la norma debiera prever, si así decide acometerse, algún sistema indemnizatorio punitivo contra la propia Administración que obra tan ineficazmente, satisfaciendo también, por qué no, el daño (económicos, moral, etc.) que experimenta el propio trabajador, que aspira legítimamente a consolidar por el paso del tiempo una situación laboral, y que, paralelamente y al mismo tiempo, ve dañadas sus

¹ Un estudio monográfico sobre esta resolución es el de ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre la extinción de un contrato de interinidad en el sector público”, en su magnífico blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”, en la entrada al mismo que puede leerse en la siguiente página web: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/sobre-la-extincion-de-un-contrato-de.html>

posibilidades de desempeñar su actividad profesional en otros ámbitos, privados o públicos. Porque la permanencia irregular en ese puesto de trabajo que no permite su consolidación perjudica a la parte más débil de la contratación laboral, a la persona trabajadora.

32. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] *Servicio Aragonés de Salud y LB. Solicitud de excedencia en empleos temporales*

A) Hechos del litigio principal

LB está contratada como “*personal estatutario fijo*” en el Servicio Aragonés de Salud con la categoría profesional de “*odontoestomatóloga*” desde diciembre de 2010 a diciembre de 2017.

En noviembre de 2016 fue propuesta para ocupar una plaza de profesora interina en la Universidad Complutense de Madrid. Tras la tramitación administrativa correspondiente los servicios de recursos humanos de la Universidad la requirieron para que firmase el correspondiente contrato de duración determinada en diciembre de 2017.

El ejercicio de dicha actividad es incompatible con la plaza que ocupaba en el Servicio de Salud, por lo que solicitó su excedencia por prestación de servicios en el sector público, al amparo de lo previsto en el artículo 66.1.a) de la Ley 55/2003 (*infra* transcrito).

El empleador denegó la solicitud en diciembre de 2017 porque la plaza que iba a ocupar en la Universidad tenía carácter temporal. Aplica para ello el art. 15 del Reglamento de Situaciones Administrativas (que también se transcribe *infra*) que excluye la excedencia por prestación de servicios para el sector público cuando la plaza que se vaya a ocupar fuese de carácter temporal.

Tras ver denegada su primera solicitud intimó una segunda excedencia, en este caso voluntaria por interés particular, que sí le fue concedida. Obsérvese que tiene que emplear una excedencia que goza, en principio, de menos garantías laborales en su desarrollo que la específicamente destinada al fin propuesto.

Contra la denegación del recurso que interpuso contra la resolución negativa a concederla una excedencia por prestación de servicios en el sector público la trabajadora interpuso una demanda judicial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo territorialmente competente, intimando la anulación de la resolución denegatoria de la excedencia solicitada. Básicamente entendía que la resolución administrativa lesiona los principios de igualdad y no discriminación.

El Juzgado estimó su demanda, entendiendo que la denegación de la excedencia por prestación de servicios en el sector público “*por el hecho de que la plaza en la Administración de destino tenga carácter temporal supone una vulneración del principio de no discriminación entre los trabajadores fijos y los de duración determinada*” (§ 19).

El Tribunal Superior de Justicia que resuelve el recurso de la empleadora tiene dudas sobre si el Acuerdo Marco puede incluir una excedencia desde un puesto fijo en una Administración Pública a otro de carácter temporal en otra Administración Pública diferente.

Remite, en definitiva, la correspondiente cuestión prejudicial, preguntando “*si el derecho a la excedencia por prestación de servicios en el sector público es una ‘condición de trabajo’ del puesto temporal al que el empleado pretende acceder*” (§ 24), y si las razones esgrimidas por la Administración para denegar la excedencia para ocupar otra plaza de carácter temporal en otra Administración Pública pueden justificarse por la naturaleza temporal de la plaza de destino que pretende ser cubierta.

B) Cuestión jurídica debatida

34. El problema jurídico se presenta cuando LB pretende solicitar una excedencia de su puesto de trabajo (en el Servicio Aragonés de Salud) “*para pasar a ocupar una plaza con contrato de duración determinada*” (§ 2). La circunstancia de que la plaza de destino que pretende cubrir con la excedencia administrativa singular sea de naturaleza temporal es una (de las varias) razones que esgrime la Administración para denegar la solicitud, teniendo la trabajadora que acudir a la excedencia voluntaria para

conseguir su objetivo, más gravosa en términos laborales que la privilegiada que se prevé para ocupar otra plaza en otra Administración Pública.

En definitiva, estamos en presencia de un pleito en el que está presente la no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales por parte de un trabajador, pues se entiende que es precisamente por el carácter temporal de la plaza que pretende cubrirse la razón por la que se deniega la excedencia solicitada.

C) Normativa en presencia

35. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, particularmente en relación con las cláusulas 3 que precisa las definiciones de contratos de duración determinada y contrato de duración indefinida comparable, y la 4 en relación con el principio de no discriminación.

En el derecho interno español debemos tener presente la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud en sus artículos 62 para definir las situaciones administrativas, el 66.1.a) para organizar la *“Excedencia para prestar servicios en el sector público”* que dispone expresamente: *“Procederá declarar al personal estatutario en excedencia por prestación de servicios en el sector público: a) Cuando presten servicios en otra categoría de personal estatutario, como funcionario o como personal laboral, en cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubiera obtenido la oportuna autorización de compatibilidad.”*, y el 67 cuando aborda la *“Excedencia voluntaria”* cuyo texto literal es el que sigue: *“1. La situación de excedencia voluntaria se declarará de oficio o a solicitud del interesado, según las reglas siguientes: a) Podrá concederse la excedencia voluntaria al personal estatutario cuando lo solicite por interés particular.*

Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores.

La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio, debiendo motivarse, en su caso, su denegación.

No podrá concederse la excedencia voluntaria por interés particular a quien esté sometido a un expediente disciplinario. [...]

2. En los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado anterior, el tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años.

3. El personal estatutario en situación de excedencia voluntaria no devengará retribuciones, ni le será computable el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de carrera profesional o trienios. [...].”

También se presenta aplicable el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en su art. 15, titulado *“Reglamento de Situaciones Administrativas”*, cuando dispone: *“Procederá declarar, de oficio o a instancia de parte, en la situación regulada en este artículo a los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubieran obtenido la oportuna compatibilidad, y a los que pasen a prestar servicios como personal laboral fijo en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en las situaciones de servicio activo o servicios especiales. El desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esta situación administrativa”*.

D) Resolución del Tribunal

36. El TJUE carece de competencia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Esta es su conclusión. La interpretación del Tribunal camina por una senda bastante ortodoxa, por el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva que aprueba el acuerdo Marco.

Entiende, básicamente, que la normativa se aplica a los trabajadores que realizan prestaciones laborales de duración determina. Eso supone, sin más, que el propósito antidiscriminatorio que anima su

espíritu sólo es predicable de los trabajadores que ejercen o detentan una relación laboral determinada (§ 35). No siendo el caso de la recurrente, que es personal estatutario fijo y, por tanto, el Tribunal de Justicia aprecia que el Acuerdo Marco no es aplicable a la situación jurídica discutida (§ 37).

E) Apunte final

37. La excedencia voluntaria es una situación que procede del derecho administrativo y funciona relativamente bien en el ámbito funcionarial. Su utilización en un contrato de trabajo ordinario para una empresa privada siempre ha generado problemas, especialmente la excedencia voluntaria. Antes de la ley de 1999 de conciliación de la vida familiar y laboral que incorporó un cúmulo de permisos por circunstancias familiares en el acervo de derechos laborales de los trabajadores, se utilizaba incluso como método para suspender el contrato de trabajo en circunstancias relacionadas con el nacimiento o cuidado de la prole. Algo similar a lo que ha acontecido en este asunto, pues se emplea una excedencia para un fin no previsto en ella.

En el ámbito laboral solo funciona operativamente de forma correcta en empresas privadas con gran volumen de trabajadores y convenios colectivos muy potentes. Es un derecho prácticamente desconocido en la pequeña y mediana empresa. Con razón se ha llegado a afirmar que para éstas la excedencia voluntaria constituye un método de extinción del contrato de trabajo con perspectivas de reingreso.

En el caso aquí analizado no puede apreciarse una discriminación por la naturaleza temporal de las actividades laborales que se desempeñan, porque el trabajador es de los considerados fijos, no temporales, no incluyéndose dentro del marco de aplicación del Acuerdo Marco.

38. STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] *EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A. Subrogación en los contratos de trabajo en virtud de las estipulaciones de un convenio colectivo*

A) Hechos del litigio principal

39. El demandante fue contratado en enero de 1996 bajo la modalidad de obra y servicio determinado a jornada completa en el sector de la construcción por la empresa “*Obras y Servicios Públicos*”, bajo la denominación de ‘fijo de obra’. Desde la finalización de este en enero de 1997 los contratantes formalizaron otros cinco contratos del mismo tipo que se sucedieron sin interrupción hasta enero de 2014, fecha en la que se celebró el último de estos contratos, que todavía no ha finalizado.

En octubre de 2017 la empleadora fue sustituida por otra empresa: “*Acciona Agua*”, al quedarse con la adjudicación del contrato público de actuaciones urgentes y reparación en la red de abastecimiento de agua pública, haciéndose cargo “*de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que Obras y Servicios Públicos destinaba a la ejecución de ese contrato público*” (§ 14).

Un mes antes de que se procediera a la sustitución empresarial el ahora demandante presentó una demanda, contra las dos empresas, ante la jurisdicción social para que se le reconociera la antigüedad en su empleo desde enero de 1996 y para que se declarase que la relación laboral era de carácter indefinido.

El órgano judicial remitentes de la cuestión prejudicial aquí resuelta entiende que a esta problemática le es de aplicación la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, principalmente porque la empresa entrante se encuentra obligada “*a tener en cuenta no solo los respectivos últimos contratos suscritos entre los trabajadores de los que pasa a hacerse cargo y la empresa saliente, sino también todos los períodos de empleo cubiertos por el personal subrogado, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con la empresa saliente*” (§ 18).

B) Cuestión jurídica debatida

40. Como bien resume el Tribunal, tras el estudio de la competencia para el enjuiciamiento del asunto, la problemática del asunto principal consiste en apreciar si ha existido un abuso en la utilización de los contratos de duración determinada denominados ‘*fijos de obra*’.

El Tribunal va construyendo una serie de premisas interpretativas con el objeto de ir cercando técnicamente la resolución que adopta. Por su orden, resumimos las más importantes. En relación con las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de las modalidades de contratación laboral determinada repara: * que los estados miembros son los encargados de implementar las medidas destinadas a prevenir el abuso; * que son los estados miembros los que eligen qué medidas deben adoptarse en cada momento; * que las medidas que se adopten deben ser proporcionadas y eficaces al fin pretendido; * y que deben tener un efecto disuasorio de la práctica que pretende prohibirse o limitarse; * que dentro de estas medidas generales deben incluirse fórmulas de conversión de contratos de duración determinada en contratos indefinidos; * que una vez producida la utilización abusiva las medidas que se implementen deben servir para revertir la situación; * que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de las normas de derecho interno; * que sí corresponde al órgano judicial interno apreciar si las medidas adoptadas para prevenir la situación, a la luz de los principios de las normas comunitarias, es proporcional y adecuada; * y que el Tribunal de Justicia sí puede precisar algunas cuestiones destinadas a orientar la interpretación.

De forma más concreta precisa el Tribunal que el pleito trata sobre si la normativa nacional controvertida, es decir, el convenio colectivo que permite concertar sucesivos contratos de duración determinada ‘*fijos de obra*’ en el sector de la construcción, puede constituir una de las medidas contempladas en la normativa comunitaria destinada a evitar abusos en la contratación temporal.

C) Normativa en presencia

41. Derecho de la unión.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, cláusulas 4 relativa al “*Principio de no discriminación*” y 5 que trata sobre las “*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*”.

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en sus artículos 1.1 “*a) La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva [la] de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio*”, y 3.1 “*Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha [de la transmisión] serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión]*”.

Derecho Español.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Disposición Adicional Tercera: “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación*”.

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. Disposición Adicional Tercera: “*Lo dispuesto en el artículo*

15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la [Ley 32/2006]”

Art. 15 (en la redacción anterior al RDL 32/2021 que le da la redacción actualmente vigente):
“1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Empleo (BOE de 26 de septiembre de 2017), art. 24 titulado “Contrato fijo de obra” apartados 2 y 3 “Este contrato se concierne con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Su formalización se hará siempre por escrito.

Por ello y con independencia de su duración, no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1 a) del E.T., continuando manteniendo los trabajadores la condición de “fijos de obra”, tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del 44 del E.T. o de subrogación regulado en el artículo 27 del presente Convenio General.

3. Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 del E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de “fijos de obra”.

5. Por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 del E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto.

La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T. o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio”.

Art. 27 titulado “Subrogación de personal en contrataciones de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado” dispone: “En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trata, los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva

empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida.

Dado el carácter de mejora de la legislación vigente que supone la subrogación prevista en este artículo, se establece expresamente que tales derechos y obligaciones quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo”.

D) Resolución del Tribunal

42. La normativa comunitaria patrocina, según aprecia el Tribunal, que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, de conformidad con las normas de derecho interno, si la limitación a tres años consecutivos para el empleo de los trabajadores de duración determinada ocupados con contratos ‘fijos de obra’ por una misma empresa constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso sancionar, los abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa como la nacional que pretende la conservación de los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación empresarial, aunque ésta se limite a los derechos generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente.

E) Apunte final

43. El mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores en supuestos de sucesión de empresas es una de las líneas fuerza de la normativa de la Unión², la que más se conecta, dicho sea de paso, con las libertades comunitarias de carácter económico, libertad de circulación de capitales y trabajadores, principalmente. La particularidad de la resolución es la limitación que implementa en la subrogación al último contrato signado, pudiendo chocar con la interpretación tradicional que se mantiene del art. 44 ET, que es el dedicado a la subrogación en la norma estatutaria laboral.

44. STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] F.C.I. y INSS. Discriminación en la percepción de la pensión de viudedad de pareja de hecho.

A) Hechos del litigio principal

45. F.C.I. es una mujer de nacional española que convivió con su pareja de hecho por más de veinte años hasta el fallecimiento de este en agosto de 2017. Ambos tuvieron dos hijos. En julio de 2017 solicitaron su inscripción como pareja de hecho en el Registro de “*parejas estables*” de Cataluña.

F.C.I. solicitó del INSS la concesión de una pensión de viudedad. Por resolución de octubre de 2017 se le denegó. En febrero de 2018 se confirmó el criterio del INSS tras la resolución que confirmaba la denegación administrativa de la prestación. Los argumentos que se manejan para denegar la prestación de viudedad solicitada es que “*la pareja de hecho no se había constituido formalmente con dos años de*

² Un análisis de esta resolución puede verse en el magnífico blog IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ titulado “Una mirada crítica a las relaciones laborales” en la siguiente entrada: <https://ignasibeltran.com/2021/06/28/el-contrato-fijo-de-obra-y-cultura-de-la-temporalidad-y-efectos-de-la-subrogacion-en-contratos-temporales-stjue-24-6-21-c-550-19/>

antelación al fallecimiento de JMPG” (§ 10), que es una exigencia que plantea la norma española interna para proteger la salud financiera del sistema económico de Seguridad Social y evitar el fraude consistente en contraer matrimonio a edad avanzada con el único propósito de lucrar una prestación de viudedad.

En diciembre de 2018 el Juzgado de lo Social sentenció la demanda de F.C.I. contra las resoluciones del INSS apreciando que no se cumplía el requisito “*relativo a la constitución formal de la pareja de hecho*” (§ 11). No se concede la pensión por esta sola razón.

El ahora demandante interpuso el correspondiente recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ahora remitente de la cuestión prejudicial.

El Tribunal proponente recuerda que la modificación de la LGSS en esta materia se hizo con el propósito de permitir a los integrantes de parejas de hecho acceder al derecho a la pensión de viudedad, pero siempre que se encontrase el supérstite de la pareja de hecho en una situación de necesidad por haber experimentado en vida dependencia económica del finado. Entre estos requisitos se encuentra el hecho de poder acreditar la constitución de la pareja de hecho mediante “*un certificado de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante un documento público en el que constase la constitución de dicha pareja*”, exigiéndose también que la constitución lo fuese con una antelación mínima de dos años en relación con la fecha del fallecimiento del causante (§ 14).

Aprecia, además, que en aquellas comunidades autónomas con Derecho civil propio, como ocurre en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la consideración de pareja de hecho y los mecanismos de acreditación podrían llevarse a cabo mediante lo establecido en su legislación específica.

Según relata la resolución no es exigible, en aplicación de las normativas propias catalanas, que la pareja de hecho se formalice en escritura pública, siendo suficiente, la existencia de un hijo nacido de la relación, o su acreditación por cualquier medio de prueba admitido en Derecho durante más de dos años ininterrumpidos.

Entiende el TSJ que el JS no tuvo en cuenta esta particularidad, “*sometiendo la concesión de dicha pensión a un requisito de formalización de tal relación no aplicable hasta ese momento a la Comunidad Autónoma de Cataluña*” (§ 18).

B) Cuestión jurídica debatida

46. Se trata de comprobar si la normativa comunitaria es contraria a la nacional que somete la concesión de una prestación de viudedad a determinados requisitos que dificultad o restringen el acceso a la pensión.

El Gobierno español entiende, por su parte, que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para solventar las cuestiones planteadas.

C) Normativa en presencia

47. Derecho de la Unión.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, arts. 3 y 4 para concretar los ámbito subjetivo y objetivo de proyección de la Directiva.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, art. 7 cuando determina la aplicación objetiva de la norma.

Derecho Español.

Ley General de la Seguridad Social, art. 221.2 (en la versión vigente en el momento del conflicto, ahora ya reformada) que dispone: “*2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acre-*

diten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

D) Resolución del Tribunal

48. El Tribunal entiende que no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Aprecia que las prestaciones a favor de familiares sí pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, pero recordando que esos instrumentos “*no regulan la pensión controvertida.../...ni imponen ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal*” (§ 66)

E) Apunte final

49. El actual texto vigente del art. 221.2 Ley General de la Seguridad Social, en la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, mantiene la misma redacción transcrita. En este punto no ha cambiado de redacción.

La reciente STS-CON 372/2022, de 24 de marzo analiza los requisitos para acreditar la existencia de una pareja de hecho. En su fundamento jurídico octavo precisa que “*...consideramos que debe ser aplicada la doctrina general fijada en la sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación 6304/2017), según la cual la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.../...mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante*”.

Se refuerza, en fin, los sistemas tradicionales de acreditación de la constitución de una pareja de hecho, y no parece que existan posibilidades de escape a la formalización de la pareja de hecho para lucrar la prestación de viudedad.

50. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF. Forma de cálculo de los complementos salariales por antigüedad*

A) Hechos del litigio principal

51. Desde 2004 BF trabaja como personal auxiliar de enfermería para un servicio público de salud de una Comunidad Autónoma. En 2005, tras un proceso de promoción interna de carácter temporal desempeño funciones propias de la categoría superior de “*enfermero*”, percibiendo las retribuciones correspondientes a esta nueva categoría mientras desarrollaba esas funciones. Sin embargo, sigue estando encuadrado en la categoría profesional de la que provenía, y, por ello, no percibía los trienios de antigüedad de la categoría profesional de enfermero, la que estaba desarrollando. Es decir, desempeña una categoría profesional, pero percibe los trienios de antigüedad de la categoría a la que formalmente se encuentra adscrito.

En 2009 superó el proceso selectivo para acceder, con carácter definitivo, a la categoría profesional de enfermero. En febrero de 2018 presentó una reclamación ante su empleadora solicitando el abono de los trienios correspondientes a la categoría profesional de enfermero. Ante el silencio de su

empleadora interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo para obtener el abono de dichos trienios.

Su pretensión tuvo éxito por sentencia de octubre de 2018 en la que el magistrado entendió que no puede haber discriminación entre el personal fijo y el personal temporal en lo que se refiere al cobro de un complemento económico salarial como lo es la antigüedad que se devenga por el mero paso del tiempo. Entiende la resolución que sería discriminatorio *“que, en el caso de un miembro del personal temporal que en el futuro acceda a una determinada categoría como personal fijo, los tienes de antigüedad relativos al periodo de actividad como personal temporal sean los correspondientes a la categoría profesional de las funciones efectivamente desempeñadas y que no suceda lo mismo en el caso de un miembro del personal fijo que, en el Marco de una promoción interna temporal, desempeña funciones de una categoría profesional superior; a la que posteriormente accede con carácter fijo”* (§ 18)

La sentencia fue recurrida por la empleadora ante el TSJ, que en el entendimiento de esta problemática plantea la cuestión prejudicial objeto de resolución.

B) Cuestión jurídica debatida

52. Se trata de comprobar si existe discriminación en el tratamiento diferente que se le da a las dos situaciones descritas en cuanto a la percepción de los complementos retributivos relacionados con la antigüedad.

C) Normativa en presencia

53. Derecho de la Unión Europea.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada: cláusula 4 en lo relativo al *“principio de no discriminación”*.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 35 que dispone: *“1. Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán objeto de negociación en las mesas correspondientes.*

2. Durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original.

3. El ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna previstos en el artículo anterior.”

D) Resolución del Tribunal

54. La normativa de la Unión no se opone a una normativa nacional que establece que para los trabajadores con contrato de duración indefinida que ejercen temporalmente funciones de superior categoría la remuneración de los complementos por antigüedad sea los correspondientes a la categoría superior, mientras que para los trabajadores temporales que se encuentren en la misma situación se les remunere el complemento de antigüedad según la categoría profesional en la que ha desempeñado sus funciones.

E) Apunte final

55. La clave del asunto es que la directiva comunitaria no es aplicable a los trabajadores fijos, por lo que no le es aplicable a la situación aquí debatida (§ 30), recordando que “*el Tribunal de Justicia ha declarado que no todo litigio relativo a posibles diferencias de trato en materia de condiciones de trabajo respecto de otros trabajadores con contrato de duración determinada queda regido por el principio de no discriminación*” (§ 31)

Si no fuera por esta circunstancia todo parece que se encaminaba a considerar que la diferencia de trato era abiertamente discriminatoria.

56. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. No discriminación y exención de guardias por razón de edad.

A) Hechos del litigio principal

57. KQ tiene 58 años, es médico de profesión y trabaja para un servicio público de salud desde hace años. No tiene un vínculo laboral estable. Ha tenido 24 nombramientos temporales: de interinidad, eventual o de sustitución, en varios centros de salud durante estos años, permaneciendo en el último centro de trabajo con el último nombramiento por más de diez años de manera consecutiva. Cuando cumplió 56 años de edad formalizó una solicitud a su empleadora para que, en virtud de una norma autonómica propia, pudiese disfrutar de la exención de guardias a la que podían optar los mayores de 55 años.

En octubre del 19 de la empleadora le denegó su petición, al entender que la Ley autonómica solo permite conceder esa exención al personal fijo, siendo él un trabajador temporal. El trabajador recurrió esta decisión ante la jurisdicción social alegando, en primer lugar, el carácter discriminatorio del criterio empleado, y, en segundo, que la norma autonómica es incompatible con el derecho de la Unión en lo que importa a la igualdad de trato en lo referente a condiciones de trabajo entre personal con vínculo jurídico estable y trabajadores con contratos de duración determinada.

El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial aquí analizada entiende que la diferencia de trato entre el personal fijo y el de carácter temporal en relación a la exención de las guardias por cumplimiento de edad se basa únicamente en la naturaleza temporal del vínculo, precisando que el trabajo en cuestión se realiza del mismo modo, con los mismos tiempos de trabajo, mismas obligaciones e idéntica remuneración. No hay diferencia en la actividad entre ambos tipos de trabajadores, cumpliendo todos ellos las mismas obligaciones y gozando de los mismos derechos.

Insinúa, aunque no lo especifica claramente, que no se trata de dos guardias de naturaleza y remuneración diferente, sino de una idéntica guardia que para todos los trabajadores es exigible, permitiéndose, únicamente a los trabajadores de carácter fijo, su no cumplimiento por motivos de edad.

B) Cuestión jurídica debatida

58. La cuestión jurídica debatida consiste en determinar si existe una diferencia de trato entre trabajadores con vínculo indefinido y trabajadores con una relación laboral determinada. En este caso en relación con la obligatoriedad de realizar servicios de guardia, y particularmente en relación con la exención de su cumplimiento, por motivos de edad, solamente aplicable a aquellos trabajadores con vínculo jurídico estable.

El Tribunal de Justicia analiza si las guardias pueden ser consideradas “*condición de trabajo*” (§ 40), realizando un repaso por su propia jurisprudencia en relación a esta cuestión, y precisando que efectivamente se consideran condición de trabajo: los trienios de antigüedad, los sexenios de formación permanente, la indemnización por la inclusión de una cláusula ilícita de terminación de su contrato, la participación en un plan de evaluación profesional con incentivo económico asociado, la participación en un sistema de carrera profesional, las reglas relativas a la determinación del preaviso para la resolu-

ción de los contratos, las indemnizaciones concedidas al trabajador, el régimen de reincorporación, o la reducción de jornada laboral, entre otros.

No tiene la menor duda, desde otro punto de vista, en considerar que la exención de las guardias por motivo de edad es una condición de trabajo (§ 43), como tampoco en afirmar que es perfectamente aplicable el principio de no discriminación a esta situación (§ 45), porque, efectivamente, existe una desigualdad en el tratamiento de las situaciones (§ 47), son situaciones comparables (§ 48), no se aprecian razones objetivas o razonables que justifiquen la diferencia de trato (§ 50 y 51).

C) Normativa en presencia

59. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada: cláusula 4 en lo relativo al “*principio de no discriminación*”.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 48, titulado “*Jornada complementaria*” cuando dispone: “1. *Cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro.*

La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes.

2. La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo.

No serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los periodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

3. La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación”.

Ley 1/2012, de Castilla-La Mancha, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, art. 15.1 titulado “*Exención de guardias para mayores de 55 años*” que dispone “1. *Tendrán derecho a la exención de guardias por motivos de edad, con participación voluntaria en módulos de actividad adicional, quienes cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Personal facultativo fijo de atención especializada o atención primaria y personal de enfermería fijo de atención primaria.*

b) *Mayores de 55 años de edad.*

c) *Que cuenten con un periodo mínimo de actividad previa de al menos diez años, realizando, de manera efectiva, guardias en jornada complementaria. A estos efectos, si un profesional ha realizado guardias de manera discontinua a lo largo de su vida laboral, se acumularán los distintos periodos para alcanzar el mínimo, siempre y cuando haya realizado guardias durante al menos tres de los últimos diez años”.*

D) Resolución del Tribunal

60. La normativa comunitaria referenciada se opone a la nacional que permite la exención de guardias a los trabajadores con contrato de duración indefinida pero no a los trabajadores con contrato de duración determinada.

E) Apunte final

61. Otra solución más, y ya son muchas, sobre condiciones de trabajo y percepciones salariales en los servicios de salud, diferenciando su tratamiento dependiendo del vínculo técnico jurídico (estable o temporal) que vincula al trabajador con la empleadora, en definitiva, entre trabajadores con vínculo fijo y estable y trabajadores con contrato de duración determinada, precario por definición.

Realmente en el caso aquí analizado la diferencia de trato podría catalogarse incluso de grosera, pues no había ninguna razón, objetiva y razonable, para implementar una diferencia de trato como la analizada. Especialmente en un servicio como es el de guardias, o el de permanencia en el servicio, especialmente característico de esta modalidad singular de ejercicio de actividad laboral, a medio camino entre la condición funcionarial por el vínculo de adquisición y la relación laboral por la técnica de ordenación de sus condiciones de trabajo.

Bibliografía de Derecho internacional privado (2021)

Private international law bibliography (2021)

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: 10.20318/cdt.2022.7215

“The man who does not read has no advantage over the man who cannot read”

MARK TWAIN

Obras generales

- D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1 - *Partie générale*, 5ª ed., Paris, puf, 2021;
D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 2 - *Partie spéciale*, 5ª ed., Paris, puf, 2021.
P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2021.
P. GROLMUND/L.D. LOACKER/A.K. SCHNYDER (HRSG.), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 4ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2021.
M. GUZMÁN ZAPATER (DIR.), *Lecciones de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
R. HAUSMANN/F. ODERSKY (HRSG.), *Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis: Personenrecht und Rechtsgeschäfte, Familienrecht, Erbrecht, Schuldvertrags- und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2021
P. HAY/P.J. BORCHERS/R.D. FREER, *Conflict of laws: private international law: cases and materials*, 16 ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2021.
S. JOLLY/S. KHANDERIA, *Indian private international law*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2021.
A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2021.
A. KUSUMADARA ET AL., *Indonesian private international law*, Oxford, Hart, 2021.
X. LIU/Z. ZHANG (EDS.), *Chinese private international law*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
B. LURGER/M. MELCHER, *Handbuch Internationales Privatrecht: mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht: Handbuch*, 2ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2021.
J.L. MARÍN FUENTES, *Derecho internacional privado: síntesis y análisis evolutivo*, Bogotá, Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 2021.
D. McCLEAN/V. RUIZ ABOU-NIGM, *The conflict of laws*, 10ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2021.

- F. MONÉGER, *Droit international privé*, 9ª ed., Paris, LexisNexis, 2021.
- K. NISHIOKA/Y. NISHITANI, *Japanese private international law*, Oxford, Hart, 2021.
- A. DE CARVALHO RAMOS, *Curso de direito internacional privado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2021.
- G. RING/L. OLSEN-RING, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., München, C.H. Beck, 2021.
- R.B. SANTOS BELANDRO, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020: el texto y su contexto americano: curso general*, Montevideo, Uruguay, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021.
- T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021.

El Derecho internacional privado

- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: Balance y perspectivas de futuro”, *Derecho privado y Constitución*, nº 38, 2021, pp. 11-48.
- J. BASEDOW, *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- F. BERNER, “Kollisionsrecht im Spannungsfeld von Kollisionsnormen, Hoheitsinteressen und wohlerworbene Rechten”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-12.
- D. BODEN, “‘Erga-’: Contribution sémantique et lexicale à une étude unifiée des relations entre ordres Juridiques”, *RCDIP*, 2021, pp. 5-42.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Bibliografía de Derecho internacional privado (2019)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 649-674.
- G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato: tra sovranità, cooperazione e diritti umani*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2021.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 675-692.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Editorial Comares, 2021.
- D. CARRIZO AGUADO/L. GARCÍA ÁLVAREZ (COORDINADORES), *Derecho internacional privado: casos prácticos resueltos y razonados*, Madrid, Dykinson, S.L., 2021.
- B. FEKETE, *Paradigms in Modern European Comparative Law. A History*, Oxford, Hart, 2021.
- F. FERRARI, *Forum Shopping despite Unification of Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- M. GEBAUER, “Zur sogenannten Wertneutralität des klassischen IPR”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 35-74.
- A. GRIMM, *Der Auslandsbezug im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht: die Bedeutung des Auslandssachverhalts bei der Abgrenzung von Rechtsregimen*, Jena, JWV, 2021.
- N.E. HATZIMIHAIL, *Preclassical conflict of laws*, Cambridge, UK, New York, NY, Cambridge University Press, 2021.
- C. HORNING, *Internationales Privatrecht zwischen Wertneutralität und Politik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- J. HUSA, “Merging International Law and Comparative Law: Balancing Between Normative and Non-Normative”, *RabelsZ*, 85, 4, 2021, pp. 745-774.
- S. IGLESIAS/M. GONZALES PASCUAL, *Fundamental rights in the EU area of freedom, security and justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- R. MICHAELS/V. RUIZ ABOU-NIGM/H. VAN LOON (EDS.), *The Private Side of Transforming our World: UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- M.Á. MICHINEL ÁLVAREZ, “El Derecho internacional privado en la era postcovid”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 493-528.

- M. UITZ (HRSG.), *Casebook internationale Aspekte des Privatrechts: Übungsfälle zum Einheitsprivatrecht und IPR*, Wien, facultas, 2021.
- M.-P. WELLER/G. GÖBEL, “Das politische IPR unserer Zeit: Gesellschaftsentwicklung durch Internationales Privatrecht?”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 75-90.

El Derecho internacional privado: Fuentes

- S. ARNOLD/S. ZWIRLEIN-FORSCHNER, “Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Internationalen Privatrecht”, *GPR*, 18, 5, 2021, pp. 205-219.
- P.R. BEAUMONT, “Some reflections on the way ahead for UK private international law after Brexit”, *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2021, pp. 1-17.
- M. BERGER, *Einführung in ausgewählte Kapitel des Europarechts: Werte der Union, Grundrechte, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Wien, facultas, 2021.
- L.-A. BLENK, *Der Acte Clair in der deutschen Rechtsprechung zum Europäischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- R.B. BOBEL, “No More Social Distance between International Law and Conflict of Laws!”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 35-64.
- G. VAN CALSTER, *European private international law: commercial litigation in the EU*, 3ª ed., Oxford, Hart, 2021.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- B. CORTESE, “Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: ‘How can I just let you walk away?’”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 153-179.
- D. CUENCA PINKERT, *Sprachdivergenzen im Europäischen Kollisionsrecht. Ein europäisch-rechtslinguistischer Ansatz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- A. DICKINSON, “Realignment of the planets: Brexit and European private international law”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 213-221.
- A. D’ORNANO, “Le Brexit... inlassablement”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 471-474.
- E. DUBOUT/F. MARTUCCI/F. PICOD (DIR.), *L’extraterritorialité en droit de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- E. FLORIO DE LEÓN, “The new Uruguayan private international law: an open door to party autonomy in international contracts”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 180-190.
- C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “New Uruguayan General Act on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 335-352.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Brexit: pasado, presente y futuro”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 298-341.
- J. HOEKSTRA, *Non-state rules in international commercial law: contracts, legal authority and application*, London, New York, NY, Routledge, 2021.
- J. HOEKSTRA, “Political barriers in the ratification of international commercial law conventions”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 43-66.
- D. JISU LEE, “Une action en responsabilité contre le Japon à propos de l’affaire des ‘femmes de réconfort’”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 461-466.
- C. KOHLER, “Limiting European Integration through Constitutional Law? Recent Decisions of the German Bundesverfassungsgericht and their Impact on Private International Law”, *RDIPP*, LVII, 2, 2021, pp. 241-265.
- C. KOHLER, “Ein europäischer Justizraum in Zivilsachen ohne das Vereinigte Königreich?”, *ZEuP*, 29, 4, 2021, pp. 781-791.
- R. KRAUSE, “Horizontal effect of the EU Charter of Fundamental Rights: Bauer and Willmeroth”, *Common Market Law Review*, 58, 4, 2021, pp. 1173-1206.

- H.-P. MANSEL, “Europäisches Kollisionsrecht 2020: EU im Krisenmodus!”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 105-212.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “Il rinvio della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato alle convenzioni internazionali, tra adeguamento al mutato contesto normativo e strumentalità alla tutela dei valori ispiratori”, *RDIPP*, LVII, 2, 2021, pp. 266-289.
- P. MELGAREJO CORDÓN, “El desconocimiento del sistema de fuentes en Derecho internacional privado respecto la competencia judicial internacional a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 829-835.
- R. MORTENSEN, “Brexit and Private International Law in the Commonwealth”, *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2021, pp. 18-52.
- A. NUYTS, “Droit international privé européen”, *Journal de droit européen*, 29, 276, 2021, pp. 74-95.
- E. PARTITI, “Polycentricity and polyphony in International Law: interpreting the corporate responsibility to respect human rights”, *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 133-164.
- J.J. PÉREZ MILLA, “Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel: droit, liberté ou obligation de coopération des juridictions nationales avec la CJUE*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2021.
- P.-E. PIGNARRE, *La Cour de justice de l’Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- J. SANTOS VARA/R.A. WESSEL/P.R. POLAK (EDS.), *The Routledge handbook on the international dimension of Brexit*, London, New York, NY, Routledge, Taylor & Francis Group, 2021.
- E. TELLECHEA BERGMAN, “La Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay y la aplicación del Derecho extranjero. Un desarrollo de conceptos enraizados en los orígenes del sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo y de la región”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 457-483.
- J. UNGERER, “Folgen des harten Brexit im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht: Umgang mit alten und künftigen grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren und Rechtsverhältnissen”, *NJW*, 74, 18, 2021, pp. 1270-1274.
- J. URIARTE CASTILLO, “El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo”, *Diario La Ley*, nº 9795, 2021.
- R. WAGNER, “Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 2-15.
- M. ŽUPAN, “The New Croatian Private International Law Act – Something Old, Something New and much Borrowed”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 381-404.
- S. ZWIRLEIN-FORSCHNER, “Mautgebühren im IPR und IZVR: ein Grenzgang zwischen den europäischen Verordnungen”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 221-228.

Competencia judicial internacional

- M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2021.
- K. BÄLZ, “Haftung von Staatsunternehmen für Staatsschulden? Gesellschaftsrechtlicher Durchgriff vs. völkerrechtliche Organhaftung – Cour d’appel de Paris vom 5.9.2019, Nr. 18/17592”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 390-392.
- J. BALLINA DÍAZ, “El privilegio de inmunidad en el marco del Reglamento (UE) nº 1215/ 2012: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 septiembre 2020, asunto C-186/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- J. BALLINA DÍAZ, “Los límites a la inmunidad jurisdiccional de las agencias descentralizadas de la Unión Europea: el caso de la Oami/Euipo: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- P.S. BERMAN/M.Y.K. WOO, *Global issues in civil procedure*, 2ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2021.

- G.A. BERMANN/W.S. DODGE/D.E. CHILDRESS III, *Transnational litigation in a nutshell*, 2ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2021.
- E. CARLI, “Attività di certificazione navale e immunità giurisdizionale degli enti delegati all’esercizio di funzioni statali: il caso RINA”, *RDI*, 104, 2, 2021, pp. 507-515.
- S. CARREA, “La restricción de la inmunidad jurisdiccional por actividad de las sociedades de clasificación”, *RDI*, 104, 3, 2021, pp. 775-815.
- M. DIMETTO, “‘United States law governs domestically but does not rule the world’: note a margine di una recente pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti sull’immunità alla giurisdicción de los Estados extranjeros”, *RDI*, 104, 2, 2021, pp. 515-523.
- E. FARNOUX, “Improbable retour en grâce de la théorie générale des conflits de juridictions: naissance d’une règle de compétence purement internationale s’agissant d’une action en partage d’un bien immobilier situé en France - Civ. 1re, 4 mars 2020, n° 18-24.646”, *RCDIP*, 2021, pp. 106-127.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Inmunidad de jurisdicción y dimensión transfronteriza en los litigios relativos a los contratos de trabajo en misiones diplomáticas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, asunto C- 280/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 94.
- F. FERRARI, *Forum Shopping despite Unification of Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- C. FOSSATI, “Ambito di applicazione materiale del Regolamento 44/2001 e immunità degli stati alla luce della sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso Rina”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 856-873.
- D. FOUSSARD, “À propos de l’exception d’incompétence en matière internationale: obligation pour l’auteur de l’exception de désigner le juge étranger compétent – Civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, n° 19-23.461”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 639-652.
- P. GOTTWALD, “Sanktionen bei Verstoß gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 699-714.
- J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- J. HAMM, *Die materielle Gültigkeit von internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7.
- E. JAYME, “Der U.S. Supreme Court und der Welfenschatz: Immunität der Bundesrepublik Deutschland und die ‘domestic takings rule’”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 482-484.
- D. JISU LEE, “Une action en responsabilité contre le Japon à propos de l’affaire des ‘femmes de réconfort’”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 461-466.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Los difusos contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo (STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 806-818.
- M. KÜBLER-WACHENDORFF, *Das forum necessitatis im europäischen Zuständigkeitsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- H. LINKE/W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2021.
- P. MELGAREJO CORDÓN, “El desconocimiento del sistema de fuentes en Derecho internacional privado respecto la competencia judicial internacional a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 829-835.
- M. MINOIS, “Les mystères du domicile apparent (Civ. 1re, 13 mai 2020, n° 19-11.516, Inédit)”, *RCDIP*, 2021, pp. 137-147.
- K. PACULA/M. SZPUNAR, “Forum of necessity in family law matters within the framework of EU and international law”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 563-592.
- J. PASSER, “Determinación de la competencia internacional en orden a un contrato celebrado entre un trabajador nacional de un Estado miembro con una representación consular de ese Estado miembro en otro Estado miembro (TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021): TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021. Asunto C-280/20: Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 94.

- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1044-1052.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Alcance de cláusulas de sumisión mixtas para los efectos de actos de competencia desleal en redes y contratos de distribución exclusiva: comentario del auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 728/2020, Sección 5ª. ‘Sé lo que hicisteis el último acuerdo’”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 896-912.
- H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht: mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht*, 8ª ed., München, C.H. Beck, 2021.
- P.F. SCHLOSSER/B. HESS, *EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, EuVTVO, EuMVVO, EuGFVO, EuZVO, EuBVO, EUKtPVO: Kommentar EuZPR*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2021.
- M. TEO, “Narrowing foreign affairs non-justiciability”, *ICLQ*, 70, 2, 2021, pp. 505-527.
- C. TOADER, “Acción de una organización internacional basada en la inmunidad de ejecución por la que se solicita el levantamiento de un embargo preventivo y la prohibición de instar de nuevo su práctica: TJ, Sala Primera, S 3 Sep. 2020. Asunto C-186/19: Supreme Site Services y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.

Derecho aplicable (D). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- Z. CRESPI REGHIZZI, “La ‘presa in considerazione’ di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I”, *RDIPP*, LVII, 2, 2021, pp. 290-307.
- G. CUNIBERTI, “Le juge est tenu d’appliquer la règle de conflit de lois même statuant en référé”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 435-439.
- H. GAUDEMET-TALLON, “L’obligation d’appliquer d’office l’art. 6 du règlement Rome II - Civ. 1^{re}, 26 mai 2021, nº 19-15.102”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 850-859.
- K.A. GRAMSCH, *International-einheitsrechtliche Abgrenzungsnormen. Auslegung und Anwendung. Zugleich eine Untersuchung der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf Verträge über digitale Güter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- N.E. HATZIMIHAİL, *Preclassical Conflict of Laws*, Cambridge, University Press 2021.
- B. HESS, “Towards a uniform concept of habitual residence in European procedural and private international law?”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 523-542.
- C. HORNING, *Internationales Privatrecht zwischen Wertneutralität und Politik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- L. HÜBNER, “Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR”, *RebelsZ*, 85, 1, 2021, pp. 106-145.
- M. KOCH, *Die Qualifikation des Verlagsvertrages im internationalen Privatrecht: urhebervertragliche Anknüpfungen im europäischen Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- A. KRONENBERG, *Normen als tatsächliche Umstände. Die sachrechtliche Berücksichtigung von Eingriffsnormen im anwendbaren Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- P. MANKOWSKI, “Die Belegenheit von Globalurkunden: neue Welt grüßt alte Welt”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 352-357.
- E. PIOVESANI, “Italian ex lege qualified overriding mandatory provisions as a response to the ‘COVID-19 epidemiological emergency’”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 401-405.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el Derecho internacional privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº Extra 3, t. II, 2021, pp. 253-268.
- W. SCHRAMA, “Empowering Private Autonomy as a Means to Navigate the Patchwork of EU Regulations on Family Law”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, suc-*

cession law and private international law: adapting to change, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 35-58.

Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Universitat de València, Publicacions PUV, 2021.
- C. VON BARY/M.-T. ZIEREIS, “Rückwirkung in grenzüberschreitenden Sachverhalten: Zwischen Statutenwechsel und ordre public”, *RabelsZ*, 85, 1, 2021, pp. 146-171.
- G. BIAGIONI, “Ordine pubblico del foro, protezione dei diritti fondamentali e ‘consensus europeo’”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 693-710.
- A. CZUBAIKO, “Das Verhältnis der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) zur Europäischen Güterrechtsverordnung (EuGüVO)”, *GPR*, 18, 3, 2021, pp. 107-115.
- A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “La relación entre los reglamentos Parejas: (UE) 2016/1103 y 2016/1104 y el reglamento Sucesiones: (UE) n° 650/2012”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 177-206.
- R. DE GOURCY, “The Legislative ‘dépeçage’ of the Surviving Spouse’s Patrimonial Status in the Light of the Latest European Union Regulations”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 449-472.
- R. HÜSSTEGE, “Internetrecherche contra Sachverständigengutachten - Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 261-265.
- R. MORBACH, *Der kartellrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- G. MORENO CORDERO, “La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge superviviente”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 237-268.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 305-326.
- A.P. SCHWEINBACH/D. CARRIZO AGUADO, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 518-549.
- J. UNGERER, “Englischer ordre public gegen ausländische Verjährungsvorschriften – Undue hardship und dépeçage als Probleme im Foreign Limitation Periods Act – illustriert am Fall Roberts zur deutschen dreijährigen Verjährung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 298-304.
- M.-T. ZIEREIS, *Die Staatensukzession im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

Eficacia extraterritorial de decisiones

- K. BÄLZ, “Haftung von Staatsunternehmen für Staatsschulden? Gesellschaftsrechtlicher Durchgriff vs. völkerrechtliche Organhaftung – Cour d’appel de Paris vom 5.9.2019, Nr. 18/17592”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 390-392.
- G. CUNIBERTI, “Redéfinition de la territorialité des saisies sur créances”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 371-382.
- Y. DUTREY GUANTES, “La modificación de medidas dictadas en sentencia extranjera: una cuestión pendiente (AP Cantabria 11 febrero 2020)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 832-839.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Contrôle de la motivation et interdiction de la révision d’un jugement étranger. (Civ. 1re, 30 septembre 2020, n° 19-17.995)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 194-201.
- M. DEL A. IGLESIAS VÁZQUEZ, “Exequatur, nulidad de actuaciones e indefensión... y otras cuestiones no menos relevantes (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2020)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 925-930.

- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- W. KENNETT, *Civil Enforcement in a Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- L. LARRIBÈRE, “Pouvoir de révision du juge du contrôle et compétence indirecte du juge étranger - Civ. 1^{re}, 3 mars 2021, nº 19-19.471”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 652-662.
- A. MALATESTA, “Circolazione delle sentenze tra Unione europea e Regno Unito: a favore di una cooperazione in seno alla Conferenza dell’Aja”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 878-897.
- D. SINDRES, “Ordre public international de procédure et étendue des pouvoirs du juge de l’exequatur pour statuer sur des demandes accessoires: nouvelles précisions de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 16 septembre 2020, nº 19-11.621, publié au Bulletin, D. 2020. 1798)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 169-183.
- I. OTAEGUI AIZPURÚA, “La firmeza, presupuesto del reconocimiento de una resolución extranjera: al hilo del auto nº 258/2020 de la Audiencia Provincial de Alicante”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 855-862.
- D. SINDRES, “Le contrôle par le juge de l’exequatur des condamnations pécuniaires prononcées par un juge étranger”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 533-562.
- M. ZERNIKOW, “Recognition and Enforcement of Foreign Decisions in Mercosur – Letters Rogatory (carta rogatoria) and National Civil Procedure”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 353-380.

Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- C. ALTHAMMER, “Die Teilnahme ausländischer (insbesondere österreichischer) Forderungsinhaber an deutschen Musterfeststellungsklagen aus der Sicht des europäischen Zivilprozessrechts”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 657-682.
- A. BRUNS, “Die Verbandsklage auf Abhilfeleistung: ein Modell zur Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie”, *ZZP*, 134, 4, 2021, pp. 393-432.
- G. CROISANT, “Un Hard Brexit pour la coopération judiciaire en matière civile et commerciale?”, *Journal des tribunaux*, 140, 8, 2021, pp. 143-153.
- A. D’ORNANO, “Sur les accords transactionnels transfrontaliers”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 479-486.
- M. FRIES, “Europäische Verbandsklage: Erkenntnis inter partes, Vollstreckung erga omnes?”, *ZZP*, 134, 4, 2021, pp. 433-454.
- L. FUMAGALLI, “I valori fondamentali quali principi ordinatori nella riforma degli strumenti europei di assistenza giudiziaria internazionale in materia civile: il caso del regolamento sulle notifiche”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 793-804.
- L. FUMAGALLI, “Problemi vecchi e nuovi nella cooperazione per l’assunzione delle prove all’estero in materia civile: la rifusione della disciplina nell’Unione europea”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 844-877.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 277-297.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “A new European way to collective redress?: representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November”, *GPR*, 18, 2, 2021, pp. 61-80.
- M. GÓMEZ JENE, “La notificación judicial a un Estado extranjero”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 739-744.
- O.L. KNÖFEL, “Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO)”, *RIW*, 67, 5, 2021, pp. 247-260.
- O.L. KNÖFEL, “Die Neufassung der Europäischen Zustellungsverordnung (EuZustVO)”, *RIW*, 67, 8, 2021, pp. 473-485.
- H. LABONTÉ/I. ROHRBECK, “Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen im Zivilprozess unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln”, *IWRZ*, 6, 3, 2021, pp. 99-106.
- G. PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO, “Averiguación de domicilio en el extranjero: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de junio de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1013-1027.

- M.D. RAMÍREZ BENAVENTE, “La obtención de prueba en la Unión Europea: evolución y análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 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”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 55, 2021, pp. 245-271.
- W.H. RECHBERGER, “Zur ‘discovery light’ im Europäischen Zivilprozess”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 803-820.
- B.K. RENTSCH, “Kollektiver Rechtsschutz unter der EU-Verbandsklagerichtlinie: Systemwettbewerb unter Brüssel Ia?”, *EuZW*, 32, 12, 2021, pp. 524-533.
- V. RICHARD, “La refonte du règlement sur l’obtention des preuves en matière civile”, *RCDIP*, 2021, pp. 67-77.
- V. RICHARD, “La refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 349-360.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Libertad de establecimiento de un abogado con la condición de monje, en un Estado miembro distinto de aquel en el que ha obtenido el título profesional. Comentario de la STJUE de 7 mayo 2019, C-431/17”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 870-881.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El TJUE y la libre circulación de abogados en la UE”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 569-596.
- P. SCHLOSSER, “Die drei Arten der Zustellung nach der Europäischen Zustellungsverordnung und Großzügigkeit bei der Zustellung ‘demnächst’”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 453-455.
- L.L. BALTAR/L.B. SCOTTI, “La utilización de la videoconferencia en procesos judiciales y extrajudiciales internacionales: Desafíos para el Derecho Internacional Privado”, *Revista Tribuna Internacional*, 10, 20, 2021, pp. 43-68.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Aplicación del Reglamento de obtención de pruebas en materia civil o mercantil cuando el deudor que reside en un domicilio desconocido en un Estado miembro distinto (TJ, Sala Sexta, S 9 Sep. 2021, Asuntos acumulados C-208/20 y C-256/20: Toplofikatsia Sofia y otros): TJ, Sala Sexta, S 9 Sep. 2021. Asuntos acumulados C-208/20 y C-256/20: Toplofikatsia Sofia y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- B. STEINBRÜCK, “Grenzüberschreitende Zivilverfahren nach dem Brexit”, *EuZW*, 32, 12, 2021, pp. 517-524.
- B. SUJECKI, “Neufassung der Europäischen Zustellungsverordnung”, *EuZW*, 32, 7, 2021, pp. 286-290.
- T. SZABADOS, “Constitutional identity and judicial cooperation in civil matters in the European Union: an ace up the sleeve?”, *Common Market Law Review*, 58, 1, 2021, pp. 71-98.
- S.F. THÖNISSEN, “Die EU-Verbandsklagenrichtlinie als Bewährungsprobe für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *ZZP*, 134, 3, 2021, pp. 273-303.
- A. TRUNK/N. HATZIMIHAIL (EDS.), *EU Civil Procedure Law and Third Countries. Which Way Forward?*, Baden-Baden, Nomos; Oxford, Hart, 2021.
- J. UNGERER, “Englischer ordre public gegen ausländische Verjährungsvorschriften – Undue hardship und dépeçage als Probleme im Foreign Limitation Periods Act – illustriert am Fall Roberts zur deutschen dreijährigen Verjährung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 298-304.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El TJUE y los reglamentos sobre notificación y pruebas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 419-440.
- R. WAGNER, “Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 2-15.
- F.M. WILKE, “Die Model European rules of civil procedure: ein Vorschlag für einheitliche Regeln für Zivilprozesse in Europa”, *EuZW*, 32, 5, 2021, pp. 187-193.

Derecho de los negocios internacionales

- A. BAHRI/W. ZHOU/D. BOKLAN (EDS.), *Rethinking, repackaging, and rescuing world trade law in the post-pandemic era*, Oxford, Hart, 2021.

- P. VAN DEN BOSSCHE/D. PRÉVOST, *Essentials of WTO law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, LXXIII, 1, 2021, pp. 57-82.
- M. CAMPO COMBA, *The law applicable to cross-border contracts involving weaker parties in EU private international law*, Cham, Springer, 2021.
- D. CARRIZO AGUADO, “Los negocios jurídicos de inversión en el comercio internacional y su reflejo en la estela jurisprudencial europea”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 9, 2021, pp. 47-77.
- R. CECCON, “*Vis maior cui resisti non potest*. La forza maggiore nel commercio internazionale e nel contenzioso arbitrale”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 77-108.
- M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, nº 41.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Transferencia de datos personales fuera del EEE en el nuevo marco del reglamento general: especial referencia al caso estadounidense y el Reino Unido tras el Brexit”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 77-138.
- . CRESPI REGHIZZI, “La disciplina giuridica degli investimenti stranieri nella Federazione Russa”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 109-124.
- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 5ª ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- M. DENG, “Plattformregulierung durch europäische Werte: zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte”, *EuR*, 56, 5, 2021, pp. 569-596.
- M. ECCLESTON-TURNER/M. ROURKE, “Arguments against the inequitable distribution of vaccines using the access and benefit sharing transaction”, *ICLQ*, 70, 4, 2021, pp. 825-858.
- T. ENDERS, *Grundzüge des internationalen Wirtschaftsrechts: internationales Privatrecht, europäisches Wirtschaftsrecht, Welthandelsrecht*, 3ª ed., München, Vahlen, 2021.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ (DIR.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Panorama de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina y el Caribe”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (DIR.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 213-255.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Goodbye Britain!: Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- M. FONTAINE, “The process of contract formation: The slow road to recognition in codifications”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 163-178.
- D. FRASE (ED.), *Hedge funds and the law*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2021.
- A. GASCÓN MARCÉN, “El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 209-232.

- R. GOODE, "Creativity and Transnational Commercial Law: from Carchemish to Cape Town", *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 1-28.
- M. GUERRIAUD/C. JOURDAIN-FORTIER, "L'accès au vaccin contre la Covid-19: le contrat international peut-il suffire ?", *JDI Clunet*, 148, 2, 2021, pp. 463-498.
- C. GERSTETTER, *Substance and style: WTO judicial decision-making in "trade and ..." cases*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- K.A. GRAMSCH, *International-einheitsrechtliche Abgrenzungsnormen. Auslegung und Anwendung. Zugleich eine Untersuchung der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf Verträge über digitale Güter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- A. HAMID EL AHDAB, "The relationship between the Islamic Sharia' and the Roman Law", en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 125-135.
- C. HARE/D. NEO (EDS.), *Trade finance: technology, innovation and documentary credits*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- K. HOBER, "Ukraine v. Russia: the first WTO Panel ruling on GATT Article XXI", en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 203-220.
- J. HOEKSTRA, "Political barriers in the ratification of international commercial law conventions", *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 43-66.
- J. HÖRNLE, *Internet jurisdiction: law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- K. HUHTA, "The scope of State sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector", *ICLQ*, 70, 4, 2021, pp. 991-1010.
- E. IVANOVA, *The competing jurisdictions of the WTO and the UNCLOS dispute settlement fora in the context of multifaceted disputes*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- P.J. JIMÉNEZ VARGAS, "Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional", *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 289-328.
- A.J. KANNING, "Unification of Commercial Contract Law: The Role of the Dominant Economy", *RabelsZ*, 85, 2, 2021, pp. 326-356.
- H. KIM, "Global export controls of cyber surveillance technology and the disrupted triangular dialogue", *ICLQ*, 70, 2, 2021, pp. 379-415.
- K. KRYLA-CUDNA, "Adequate assurance of performance under the UN Convention on contracts for the international sale of goods and the Uniform Commercial Code", *ICLQ*, 70, 4, 2021, pp. 935-960.
- R. LEAL-ARCAS, *Climate clubs for a sustainable future: the role of international trade and investment law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Derecho comparado y digitalización*, Madrid, Editorial Tecnos, 2021.
- P. MANKOWSKI, "Die Belegenheit von Globalurkunden: neue Welt grüßt alte Welt", *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 352-357.
- P. MARIANI, "The EU market in times of a global state of emergency: internal and external trade barriers in the age of pandemics", *Legal Issues of Economic Integration*, 48, 1, 2021, pp. 5-18.
- D.E. MÁRQUEZ LASSO, "The concept of abuse in tax matters within European Union law", *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 362-401.
- F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., prima ristampa, Milano, Cedam, 2021.
- F. MARRELLA, "Forza maggiore e vendita internazionale di beni mobili in un contesto di pandemia: alcune riflessioni", *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 533-588.
- M.F. MARTÍN MORAL, "Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de Derecho comparado", *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 402-422.

- B. MERCURIO/R. BUCKLEY/E. FU, “The legitimacy of capital controls during a retreat from Globalisation”, *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 59-101.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- C. MILO, “L’uso dei social networks per esprimere una promessa unilaterale”, *RDI*, 104, 2, 2021, pp. 499-506.
- A. MITCHELL/T. SAMLIDIS, “The implications of the WTO tobacco plain packaging disputes for public health measures”, *ICLQ*, 70, 4, 2021, pp. 1011-1027.
- R. MONICO, “La disciplina europea sul *Geo-blocking* e il diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, LVII, 2, 2021, pp. 308-330.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Protección de datos en la Economía digital. Una aproximación desde la regulación del comercio internacional”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 33-76.
- J. PAINE, “Autonomy to set the level of regulatory protection in International Investment Law”, *ICLQ*, 70, 3, 2021, pp. 697-736.
- E.-U. PETERSMANN, “Rule-of-law in international trade and investments? Between multilevel arbitration, adjudications and ‘judicial overreach’”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 221-245.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº extra 3, 2021, pp. 403-417.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- L.S. ROSSI, “Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas: mensajes publicitarios en una forma semejante a la de correos electrónicos. TJ, Sala Tercera, S 25 Nov. 2021: Asunto C-102/20: StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- J.W. SALACUSE, *The law of investment treaties*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2021.
- M.J. SÁNCHEZ CANO/Y. ROMERO MATUTE, “El régimen jurídico de las redes sociales y los retos que plantea el acceso a dichas plataformas”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1139-1148.
- M.A. STEFANELLI, “Small business enterprises and the ‘digital revolution’ in EU regulation”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 257-267.
- B.J. TAMAYO VELASCO, *Los retos de la economía digital y la propuesta de “Ley de mercados digitales” de la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, S.L., 2021.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Decálogo de la Ley europea de servicios digitales: la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- B. TEYSSIÉ, “Les principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales”, *JDI Clunet*, 148, 1, 2021, pp. 5-30.
- E.C. TORRALBA MENDIOLA, “Reflexiones sobre el alcance territorial del derecho al olvido”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 575-593.
- P.D. TROOBOFF, *Globalization, Personal Jurisdiction and the Internet Responding to the Challenge of Adapting Settled Principles and Precedents – General Course of Private International Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021.

- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *UNCITRAL, HCCH and UNIDROIT: legal guide to uniform instruments in the area of international commercial contracts, with a focus on sales*, Vienna, Publishing and Library Section, United Nations Office, 2021.
- I. WILLEMYNS, *Digital services in international trade law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- M.H. TEN WOLDE/K.C. HENCKEL, *Business and private international law in the EU*, Zutphen, Paris Legal Publishers, 2021.

Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- C. ALBRECHT, “Internationale Organisationen und die Brüssel Ia-Verordnung: weitere Erkenntnisse zu hoheitsnahem Handeln und Immunität: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 3.9.2020, C-186/19, Supreme Site Services u.a.”, *GPR*, 18, 4, 2021, pp. 170-174.
- I. ALEXANDRE, *Direito processual civil internacional I: projeto científico e pedagógico*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Tutela ejecutiva y cautelar del crédito transfronterizo: el Reglamento sobre título ejecutivo europeo y el Reglamento sobre la orden europea de retención de cuentas a la luz de la jurisprudencia de TJUE”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 441-480.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Tutela declarativa del crédito transfronterizo: estudio de los Reglamentos sobre proceso monitorio europeo y de escasa cuantía desde las sentencias del TJUE”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 481-514.
- P. ANZENBERGER, “Rechtsnachfolge nach Titelschaffung im Kontext der EuGVVO: Zugleich ein Beitrag zur Frage der internationalen Zuständigkeit für Titelergänzungsklagen”, *ZfRV*, 62, 6, 2021, pp. 259-266.
- M. ARGENTINI, “I criteri di radicamento della giurisdizione italiana nei contratti di trasporto aereo transnazionale”, *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 589-619.
- T. BACHMEIER, *Das unionsrechtliche Kontrollkriterium der geordneten Rechtspflege im Rechtsverkehr mit Drittstaaten: “lis pendens, effet réflexe” und indirekte Zuständigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- J. BALLINA DÍAZ, “El privilegio de inmunidad en el marco del Reglamento (UE) nº 1215/ 2012: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 septiembre 2020, asunto C-186/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- J. BALLINA DÍAZ, “Los límites a la inmunidad jurisdiccional de las agencias descentralizadas de la Unión Europea: el caso de la Oami/Euipo: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- G.B. BORN, *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, 6ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, 7ª ed., Abingdon, Oxon; New York, NY, Informa Law from Routledge, 2021.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento de Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 31-58.
- C. CAMPIGLIO, “Il diritto al giudice nello spazio europeo in materia civile e commerciale”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 615-630.

- S.M. CARBONE/C.E. TUO, “Il valore deill’*electio fori* e i suoi limiti nel regolamento Bruxelles I-bis: alcune recenti tendenze”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 631-646.
- E. CARLI, “Attività di certificazione navale e immunità giurisdizionale degli enti delegati all’esercizio di funzioni statali: il caso RINA”, *RDI*, 104, 2, 2021, pp. 507-515.
- S. CARREA, “La restrizione dell’immunità giurisdizionale per attività delle società di classificazione”, *RDI*, 104, 3, 2021, pp. 775-815.
- M. CASADO ABARQUERO, “Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 62/2020, de 24 de abril de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 775-784.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “EL TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: la sumisión expresa y tácita de las partes”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 115-140.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Lugar de cumplimiento de la prestación que sirve de base a la demanda en los contratos de compraventa internacional de mercaderías como criterio atributivo de competencia en el sistema Bruselas (AAP Barcelona 17 noviembre 2020)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 714-723.
- G. CUNIBERTI, “Compétence pour ordonner la mainlevée d’une saisie conservatoire transfrontière. (CJUE 3 septembre 2020, aff. C-186/19, Supreme Sites Services GmbH c/ SHAPE, D. 2020. 1684; RTD eur. 2020. 934, obs. M.-E. Ancel)”, *RCDIP*, 2021, pp. 157-168.
- N. CZEMPIEL, *Die Zivilsache im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2021.
- F. DASSER/P. OBERHAMMER (HRSG.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ): Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007: Kommentar*, 3ª ed., Bern, Stämpfli Verlag, 2021.
- J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in Contracts for the Carriage of Goods by Sea: Limitations on Party Autonomy*, Abingdon, informa law from Routledge, 2021.
- J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, “Commentary on the judgment of the Provincial Court of Barcelona of 29 May 2020 [carriage of goods by sea from Ecuador to Spain under a bill of lading] [ES: APB:2020:3847a]”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 840-855.
- P. EICHMÜLLER/V. WODNIANSKY-WILDENFELD, “Das Ende der europäischen Gerichtsstandsvereinbarung?: zur Dichotomie materiell- und prozessrechtlicher Termini im europäischen Zivil- und Zivilverfahrensrecht: EuGH 18.11.2020, C-519/19 DelayFix”, *ÖJZ*, 76, 12, 2021, pp. 549-554.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Inmunidad de jurisdicción y dimensión transfronteriza en los litigios relativos a los contratos de trabajo en misiones diplomáticas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, asunto C- 280/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- C. FOSSATI, “Ambito di applicazione materiale del Regolamento 44/2001 e immunità degli stati alla luce della sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso Rina”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 856-873.
- A. FRASSINETTI, “Le regole procedurali del regolamento (CE) sulle controversie di modesta entità”, *Rivista di diritto processuale*, LXXVI, 3, 2021, pp. 967-989.
- G. GARRIGA SUAU, “El ejercicio de la acción directa por el perjudicado indirecto contra la aseguradora de responsabilidad civil con un establecimiento en otro Estado miembro: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2021, Asunto C- 913/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Des difficultés soulevées par les mesures provisoires ou conservatoires dans l’espace judiciaire européen - Civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, nº 19-16917”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 630-639.
- R. GEIMER, “Schwindende Rechtssicherheit bei der Forumplanung in der Europäischen Union”, *RIW*, 67, 5, 2021, pp. 261-264.
- M. GIACALONE/I. ABIGNENTE/S.S. SALEHI, “Small in value, important in essence: lessons learnt from a decade of implementing the European Small Claims Procedure in Italy and Belgium”, *Journal of Private International Law*, 14, 2, 2021, pp. 308-333.

- N. GOÑI URRIZA, “La competencia de los tribunales españoles en los contratos internacionales de distribución: el auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de mayo de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 910-917.
- T.C. HARTLEY, “Arbitration and the Brussels I regulation: before and after Brexit”, *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2021, pp. 53-73.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: los foros exclusivos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 141-158.
- B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Berlin/Boston, Walter de Gruyter GmbH, 2021.
- B. HESS, “Towards a uniform concept of habitual residence in European procedural and private international law?”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 523-542.
- J. HEYMANN, “Clauses attributives de compétence et cession de créance: du désordre et de l’incohérence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 421-434.
- Y. HOSTETTLER, *Die Gerichtsstandsvereinbarung im Binnen- und im internationalen Verhältnis: ein Beitrag zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 23 LugÜ, Art.5 IPRG und Art. 17 ZPO und eine Analyse von Problemen im Zusammenhang mit der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit*, Zürich, St. Gallen, Dike, 2021.
- S. HUBER, “Schutzgerichtsstände im europäischen Zuständigkeitsrecht - Entstehungsgeschichte, aktueller Stand, Ausblick”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 101-116.
- L. IDOT, “La ‘matière civile et commerciale’ à l’épreuve de l’intervention du Ministre de l’Économie en droit de la consommation”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 383-400.
- L. IDOT, “La distinction entre la ‘matière contractuelle’ et la ‘matière délictuelle’ revisitée par les actions en droit de la concurrence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 440-460.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL/U. BELINTXON MARTIN, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: los contratos de consumidores y trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 159-187.
- H. KRANZER, “Streitfragen bei internationalen Gerichtsstandsklauseln: Zugleich eine Besprechung zu EuGH 18. 11. 2020, C-519/19, Ryanair/DelayFix”, *RdW*, 39, 4, 2021, pp. 251-256.
- M. LAAZOUZI, *Les clauses attributives de compétence internationale: de la prévisibilité au désordre: actes du colloque du 21 novembre 2019 au Centre de recherche en droit international privé et du commerce international (CRDI)*, Paris, Panthéon-Assas, 2021.
- L. LONARDO, “Republic of Slovenia v Republic of Croatia (C-457/18): ‘Am I my brother’s keeper?’: international agreements by member States and the limits of the European Court of Justice’s jurisdiction”, *European Law Review*, 46, 1, 2021, pp. 105-114.
- O. LOPES PEGNA, “Mutual trust, riconoscimento delle decisioni civili e tutela dei valori comuni nello spazio giudiziario europeo”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 743-760.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: contratos internacionales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 59-81.
- F. MAULTZSCH, “Internationale Zuständigkeit für Haftungs- und Regressklagen infolge steuerrechtlich fehlgeschlagener cum-ex-Geschäfte”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 63-72.
- M. MESSINA, “The Court of Justice and the difficult reconciliation of its unlimited jurisdiction with its general incompetence to exercise powers of injunction against the other EU institutions”, *Revue des affaires européennes*, 26, 1, 2021, pp. 153-164.
- F.M. PALOMBINO/R. VIRZO/G. ZARRA, *Provisional measures issued by international courts and tribunals*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2021.

- J. PASSER, “Determinación de la competencia internacional en orden a un contrato celebrado entre un trabajador nacional de un Estado miembro con una representación consular de ese Estado miembro en otro Estado miembro (TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021): TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021. Asunto C-280/20: Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE sobre la inmunidad de ejecución de las organizaciones internacionales y el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1044-1052.
- M. POESEN, “Is specific jurisdiction dead and did we murder it? An appraisal of the Brussels Ia Regulation in the globalizing context of the HCCH 2019 Judgments Convention”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 1-13.
- M. POESEN, “From Mirages to Aspirations – The Periphery of ‘Matters Relating to a Contract’ in Regulation (EU) No 1215/2012”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 511-546.
- A. POON, “Determining the place of performance under article 7(1) of the Brussels I recast”, *ICLQ*, 70, 3, 2021, pp. 635-663.
- V.J.G. POWER, “Ships, sovereign immunity and the subtleties of the Brussels I regulation: case C-641/18 LG and others v. Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale: Ships, sovereign immunity and the subtleties of Brussels I: Rina”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 3, 2021, pp. 419-429.
- I. QUEIROLO ET AL. (DIRS.), *Brussels I bis Regulation and special rules: opportunities to enhance judicial cooperation*, Canterano (RM), Aracne editore, 2021.
- T. RAUSCHER/S. LEIBLE (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR: Kommentar. Band I, Brüssel Ia-Verordnung*, 5ª ed., Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2021.
- O. REMIEN/M. ROBERT, “Étroitement liée?: zur internationalen Zuständigkeit für die Schadensersatzklage gegen einen Schiedsrichter nach Aufhebung des Schiedsspruchs und Art. 1 Abs. 2 lit. d), 7 Abs. 1 lit. b) EuGVVO”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 585-591.
- B.K. RENTSCH, “Kollektiver Rechtsschutz unter der EU-Verbandsklagerichtlinie: Systemwettbewerb unter Brüssel Ia?”, *EuZW*, 32, 12, 2021, pp. 524-533.
- M. REQUEJO ISIDRO, “Eficacia horizontal de las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento nº 1215/2012 (observaciones al hilo de una cuestión prejudicial retirada)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 586-607.
- V. RICHARD, “Notion de litige transfrontière et conformité aux droits fondamentaux de la déjudiciarisation des procédures de recouvrement forcée - CJUE, 7 mai 2020, aff. C-267/19 et C-323/19”, *RCDIP*, 2021, pp. 128-137.
- F. RIELÄNDER, “Die verkappte Streitgenossenzuständigkeit am Verbrauchergerichtsstand des Art. 18 Abs. 1 EuGVVO”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 512-521.
- F. RIELÄNDER, “Missbrauchskontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei der Rechtsnachfolge nach der EuGVVO: Zugleich Bespr. v. EuGH, Urt. v. 18.11.2020: EUGH C-519/19”, *EuZW*, 32, 9, 2021, pp. 391-398.
- L.S. ROSSI, “Litigio transfronterizo entre un profesional que se ve obligado a transferir la herencia de una víctima de un accidente de circulación a una empresa de seguros y a esta empresa: TJ, Sala Tercera, S 20 May. 2021. Asunto C-913/19: CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością/Gefion Insurance A/S”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Validity of choice of court agreements, abusive terms in air carriage contracts, assignments and compensation, is there room for anyone else? (Comments on CJEU Judgment Delayfix, C-519/19)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 882-895.
- F. SALERNO, “La Convenzione di Lugano del 2007 rimuove la Convenzione di Bruxelles anche ai fini dell’art. 3, 2º comma, prima parte, della delle n. 218/1995?”, *RDI*, 104, 1, 2021, pp. 204-209.
- H. SCHACK, “Zur Vereinbarkeit eines besonderen Rechtsschutzinteresses für negative Feststellungsklagen mit Art. 27 LugÜ”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 99-101.
- D. SCHNICHELS/A. STEIN/K. LENZING, “Die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Bereich der EuGVVO im Jahr 2020”, *EuZW*, 32, 22, 2021, pp. 965-973.

- J. SIGÜENZA LÓPEZ, “Un buen instrumento para la tutela del crédito que suscita no pocos problemas prácticos: el proceso europeo de escasa cuantía”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 550-574.
- M. SIMONCINI, “Challenges of justice in the European Banking Union: administrative integration and mismatches in jurisdiction”, *YEL*, 40, 2021, pp. 310-334.
- E. SPAVENTA, “Constitutional creativity or constitutional deception?: acts of the member states acting collectively and jurisdiction of the Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 58, 6, 2021, pp. 1697-1730.
- B. SUJECKI, “Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur EuGVVO im Jahr 2020”, *EWS*, 32, 4, 2021, pp. 193-205.
- J. SUQUET CAPDEVILA, “Párkings, Notarios y Derecho internacional privado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, asunto C-307/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- F. TEMMING, “Der internationalverfahrensrechtliche Schlussstein: die Forderung von Sozialkassenbeiträgen zugunsten einer Urlaubskasse der Bauwirtschaft als Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 EuGVVO (zu EuGH, 28.2.2019, Rs. C-579/17, BUAK ./ Gradbeništvó Korana d.o.o.)”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 52-63.
- C. TOADER, “Acción de una organización internacional basada en la inmunidad de ejecución por la que se solicita el levantamiento de un embargo preventivo y la prohibición de instar de nuevo su práctica: TJ, Sala Primera, S 3 Sep. 2020. Asunto C-186/19: Supreme Site Services y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- C. TOADER, “Aplicación del Reglamento Bruselas I al procedimiento para el cobro de un tique diario de estacionamiento de un vehículo en una plaza de aparcamiento situada en la vía pública (STJ, Sala Primera, S 25 Mar. 2021): STJ, Sala Primera, S 25 Mar. 2021. Asunto C-307/19: Obala i lučice d.o.o. y NLB Leasing d.o.o.”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- D. TSIKRIKAS, “Gedanken über die Beachtung einer anderweitigen Rechtshängigkeit im europäischen Rechtsraum - insbesondere bei parallel laufenden Verfahren in Mitglied- und Drittstaaten”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 821-834.
- P. VENTURI, “Sul rinvio alla Convenzione di Bruxelles nell’art. 3 della legge n. 218/ 1995”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 647-668.
- W. VOSS, “Zwischen vertraglicher Qualifikation und vertragsakzessorischer Anknüpfung: Gesetzliche Direktansprüche und culpa in contrahendo im europäischen IZPR: EuGH, 26.3.2020, Rs. C-215/18 : Libuše Králová ./ Primera Air Scandinavia A/S”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 236-245.
- R. WAGNER, “Gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung bei Streitgenossenschaft mit EU-Auslandsbezug”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 445-450.
- R. WAGNER, “Internationale und örtliche Zuständigkeit nach der EuGVVO”, *EuZW*, 32, 13, 2021, pp. 572-579.
- R. WAGNER, “Neue deutsche Arrestvollziehungsfrist und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen”, *RIW*, 67, 12, 2021, pp. 777-784
- J. WINDAU, *Doppelrelevante Tatsachen im Europäischen Zuständigkeitsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- J. WISSLING, *Internationale Zuständigkeit und Effizienz: eine ökonomische Analyse der Brüssel Ia-Verordnung*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2021.
- B. WOŁODKIEWICZ, “The enforceability of a jurisdiction clause against an assignee: case note on Ryanair DAC/DelayFix (case EUGH Aktenzeichen C-519/19)”, *EuCML*, 10, 5, 2021, pp. 206-211.
- W. WURMNEST/C. GRANDEL, “Die behördliche Durchsetzung Verbraucherschützender Verhaltenspflichten als Zivil- und Handelssache: Unterlassung, Beweis, vereinfachte Feststellung: Rs. C-73/19 : Belgische Staat und Directeur-Generaal van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie ./ Movic BV u.a.”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 440-445.

Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- L. D'AVOUT, "Centralisation du contentieux indemnitare contre les sociétés cotées en Europe (le reflux du *forum actoris*) - CJUE. 12 mai 2021, aff. C-709/19", *RCDIP*, 2021, 3, pp. 672-692.
- C. BEHME, "Die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Gewissheiten und Ungewissheiten: Zugleich Besprechung von OLG München, Urteil vom 5.8.2021, 29 U 2411/21 Kart", *ZIP*, 42, 50, 2021, pp. 2557-2565.
- A. BUENO BIOT, "El traslado transfronterizo y la determinación de la ley aplicable (*lex societatis*) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 14, 2021, pp. 1040-1057.
- L. BUSCH, *Die Cy-près-Doktrin: Änderungen des Stiftungszwecks in den USA und in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- M. DEL M. BUSTILLO SAIZ, "El derecho de separación de los socios en las operaciones transfronterizas", *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 60, 2000, y n° 61, 2021.
- E. FERNÁNDEZ MASIÁ, "El TJUE y las sociedades de capital: ley aplicable y traslado de sede social", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 545-567.
- H. FLEISCHER (HRSG.), *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, München, Beck, 2021.
- J. GLÖCKLER, *Anwendbares Recht und Anerkennung bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen in Sanierungsplanverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- F. GUILLAUME/S. RIVA, "DAO, code et loi: le régime technologique et juridique de la *decentralized autonomous organization*", *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 206-232.
- L. HERNANDO CEBRIÁ, "Las escisiones transfronterizas intracomunitarias tras la Directiva (UE) 2019/2121: posibilidades y aspectos procedimentales", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 320, 2021.
- E.M. JIMÉNEZ PALMA, "Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18", *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 789-805.
- P. KINDLER/J. LIEDER (EDS.), *European corporate law: article-by-article commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- S. KUNTNER, *Chinas Foreign-Invested Limited Partnership Enterprise: An Analysis of its Legal Personality, Limited Liability and Transferable Ownership Interest*, Cham, Springer International Publishing, 2021.
- M. LEYDECKER, *Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen*, Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2021.
- C.P. LUDVIK, *Der internationale Betrieb: Betriebsverfassung im grenzüberschreitenden Kontext*, Wien, Linde Verlag GmbH, 2021.
- P. MANKOWSKI, "Europäisches Internationales Verbraucherprozessrecht und Gesellschaftsverträge", *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 432-439.
- M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 6ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2021.
- S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, "Los protocolos concursales en las reestructuraciones de grupos de sociedades mediante operaciones de fusión transfronteriza", *Anuario de Derecho Concursal*, n° 52, 2021, pp. 177-202.
- J. SCHMIDT, "Im Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts: Gründungstheorie statt 'zurück auf die Trabrennbahn'", *EuZW*, 32, 14, 2021, pp. 613-620.
- M. WILLIAMS TSOPBEING, "Le caractère d'ordre public du principe de la libre transmissibilité des actions en droit des sociétés commerciales de l'OHADA", *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 119-147.
- S. ZWIRLEIN-FORSCHNER, "Jenseits des Acquis: Probleme der Registeranmeldung einer Limited nach Ende des Brexit-Übergangszeitraums", *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 357-363.

Contratos internacionales (I)

- F.M.B. ADEN, *Battle of forms: konkurrierende AGB im multilateralen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- G. ALPA, “Autonomia delle parti e scelta della legge applicabile al contratto ‘interno’”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 23-41.
- I. ARENAS, “Efectos del Brexit en las cláusulas de ley aplicable y jurisdicción de los contratos de financiación”, *Diario La Ley*, nº 9827, 2021.
- R. ARENAS GARCÍA, “Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo: Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- C. VON BARY, “Best efforts?: der Impfstoffstreit zwischen der EU und AstraZeneca”, *ZIP*, 42, 37, 2021, pp. 1902-1910
- C. BENINI, “Remarks on the Commission’s Proposal on the Law Applicable to the Third-Party Effects of Assignment of Claims”, *RDIPP*, LVII, 1, 2021, pp. 57-120.
- R. BEYER, “Patentlizenzverträge und die Rom I-Verordnung: Leitlinien zum mangels Rechtswahl anwendbaren Recht”, *GRUR*, 123, 8, 2021, pp. 1008-1017.
- S. BOLLÉE, “Internationalité et fonction internationale du contrat - Civ. 1’, 30 sept. 2020 nº 19-15.626”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 610-615.
- G.J. BOUWERS, *Tacit choice of law in international commercial contracts: a global comparative study*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2021.
- G.J. BOUWERS, “Tacit choice of law in international commercial contracts: an analysis of Asian jurisdictions and the Asian Principles of Private International Law”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 14-42.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Fondamenti teorici dell’autonomia della volontà nei contratti internazionali”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 43-58.
- M. CAMPO COMBA, *The law applicable to cross-border contracts involving weaker parties in EU private international law*, Cham, Springer, 2021.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Scelta multipla e scelta parziale della legge applicabile ai contratti internazionali”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 59-75.
- L.F. CARRILLO POZO, “El TJUE y el Reglamento Roma I: ley aplicable a los contratos internacionales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 265-297.
- D. CARRIZO AGUADO, “Observación jurisprudencial relativa a la ley aplicable a la compraventa de bienes inmuebles radicados en el extranjero. Estudio de caso a partir de la SAP de Murcia, núm. 98/2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 767-774.
- Z. CRESPI REGHIZZI, “La ‘presa in considerazione’ di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I”, *RDIPP*, LVII, 2, 2021, pp. 290-307.
- C.M. DÍEZ SOTO/I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 180-237.

- J. ERAZO ROBLES, “Ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos: enfoque de la ley del crédito cedido (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 97.
- J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- E. FLORIO DE LEÓN, “The new Uruguayan private international law: an open door to party autonomy in international contracts”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 180-190.
- M. GUERRIAUD/C. JOURDAIN-FORTIER, “L'accès au vaccin contre la Covid-19: le contrat international peut-il suffire?”, *JDI Clunet*, 148, 2, 2021, pp. 463-498.
- B. HAFTEL, “The Covid-19 Health Crisis and International Contracts”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 65-76.
- J. HEYMANN, “Clauses attributives de compétence et cession de créance: du désordre et de l'incohérence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 421-434.
- J. HOEKSTRA, *Non-state rules in international commercial law: contracts, legal authority and application*, London, New York, NY, Routledge, 2021.
- L. IDOT, “La distinction entre la ‘matière contractuelle’ et la ‘matière délictuelle’ revisitée par les actions en droit de la concurrence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 440-460.
- E.M. JIMÉNEZ PALMA, “Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019”, *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 789-805.
- E.M. JIMÉNEZ PALMA, “La fiducia inmobiliaria de administración y el concepto de ‘obligaciones contractuales’ en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 181-209.
- M. KOCH, *Die Qualifikation des Verlagsvertrages im internationalen Privatrecht: urhebervertragrechtliche Anknüpfungen im europäischen Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- A. KRONENBERG, *Normen als tatsächliche Umstände. Die sachrechtliche Berücksichtigung von Eingriffsnormen im anwendbaren Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- M. LEHMANN, “National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 148-179.
- I. LÓPEZ PITO/P. CASTRO QUINTERO/S. CAMAYO ORTIZ, “Entendimiento de la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales por las cortes judiciales: análisis del caso colombiano y sus altas cortes”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 408-440.
- M. MAIERHOFER, *Die schlichte Einwilligung in urheberrechtliche Onlinenutzungen im Internationalen Privatrecht*, Göttingen, V&R unipress, 2021.
- P. MANKOWSKI, “Gerichtsstände für Klagen aus grenzüberschreitenden Vertriebsverträgen unter der Brüssel Ia-VO”, *IHR*, 21, 6, 2021, pp. 221-238.
- M. NEUFANG, *Internationales Privat- und Prozessrecht im Transport- und Speditionswesen*, 6ª ed., Hagen, HWV, Hagener Wissenschaftsverlag, 2021.
- E. PIOVESANI, “Italian ex lege qualified overriding mandatory provisions as a response to the ‘COVID-19 epidemiological emergency’”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 401-405.
- C. REITHMANN/D. MARTINY (HRSG.), *Internationales Vertragsrecht*, 9ª ed., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2021.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el Derecho internacional privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° Extra 3, t. II, 2021, pp. 253-268.
- M. ROTHERMEL, *Internationales Kauf-, Liefer- und Vertriebsrecht*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2021.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, *Cláusulas en los contratos internacionales: redacción y análisis*, 2ª ed., Barcelona, Atelier, 2021.
- J. SCHULTE, “Die Anknüpfung von Schuldanerkenntnissen nach der Rom I-VO”, *ZEuP*, 29, 2, 2021, pp. 460-473.

- A. SOMMERFELD, *AGB-Reform und Rechtsflucht: Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- D. STEFER, “Drittwirkung der Abtretung - Kein Fall für Rom I”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 155-159.
- M. STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht: institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2021.
- J. UNGERER, “Englischer ordre public gegen ausländische Verjährungsvorschriften – Undue hardship und dépeçage als Probleme im Foreign Limitation Periods Act – illustriert am Fall Roberts zur deutschen dreijährigen Verjährung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 298-304.
- I. VIVAS TESÓN, “El Derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 672-692.
- A. XU, “A new solution concerning choice-of-law for the assignment of debts”, *ICLQ*, 70, 3, 2021, pp. 665-696.

Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- I. AGORRETA MARTÍNEZ, “Acción directa del transportista contra la aseguradora de subtransportista condenado por sentencia firme al amparo del Convenio internacional de transporte de mercancías por carretera STS 171/2021, de 26 marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 7, 2021.
- M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, LXXIII, 1, 2021, pp. 57-82.
- M. CAMPO COMBA, *The law applicable to cross-border contracts involving weaker parties in EU private international law*, Cham, Springer, 2021.
- M. CASTILLA BAREA, “La denuncia de la falta de conformidad como presupuesto del ejercicio de los derechos del adquirente en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: Comentario a la STS de 6 de julio de 2020 (RJ2020, 2312)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 115, 2021, pp. 127-148.
- A. D’ORNANO, “Sur la convention-cadre de droit français de l’ISDA”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 467-471.
- A. D’ORNANO, “Les contrats d’achats anticipés de vaccins”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 475-479.
- A. D’ORNANO, “Sur les accords transactionnels transfrontaliers”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 479-486.
- J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and arbitration agreements in contracts for the carriage of goods by sea: limitations on party autonomy*, London, Informa Law from Routledge, 2021.
- H. ERCÜMENT ERDEM, “Incoterms® 2020”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 137-162.
- R. FREITAG/A. WOLF, “Das Kollisionsrecht des Crowdfunding nach der Schwarmfinanzierungsverordnung”, *WM*, 75, 21, 2021, pp. 1009-1016.
- B. FUCHS/W. GRIEGER (HRSG.), *Handbuch internationale Baurecht*, Hürth, Werner Verlag, 2021.
- G. GARRIGA SUAU, “El ejercicio de la acción directa por el perjudicado indirecto contra la aseguradora de responsabilidad civil con un establecimiento en otro Estado miembro: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2021, Asunto C- 913/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- D. GIRSBERGER/T. KADNER GRAZIANO/J.L. NEELS (GENERAL EDITORS), *Choice of law in international commercial contracts: global perspectives on the Hague principles*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- M. GÓMEZ FERRERES, “Compraventa internacional de mercaderías: efectos de la falta de comunicación en plazo de disconformidad de la parte receptora sobre la mercancía bajo el prisma de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 898-909.
- I. JARUKAITIS, “Obligación de suscribir un contrato de seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles matriculados, situados en un terreno privado

- y destinados al desguace: TJ, Sala, S 29 Abr. 2021. Asunto C-383/19: Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 92.
- I. JARUKAITIS, “Accidente de tráfico en el que está implicado un vehículo articulado cuyos elementos son objeto de seguros obligatorios distintos (TJ, Sala Quinta, S 10 Jun. 2021): TJ, Sala Quinta, S 10 Jun. 2021. Asunto C-923/19: Van Ameyde España El”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- C.P. KALUSA, *Grundsätze im methodischen Umgang mit der Dynamik des Europäischen Prozessualen Sekundärrechts: Untersucht am Beispiel des Wohnsitzgerichtsstands des Geschädigten nach Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. b EuGVO*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- H. KOZIOL, *Mehrstufiger Warenverkehr: spezifische Probleme bei Vertragsketten*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2021.
- A. KRONENBERG, “Einmal mehr: Negative Folgen des Auseinanderfallens von forum und ius bei Direktklagen nach Verkehrsunfällen im Ausland”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 150-153.
- A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los *smart contracts* y *lex cryptography*”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 441-459.
- U. MAGNUS, “Grünes Gold: Kaufverträge über brasilianische Edelhölzbäume”, *IHR*, 21, 4, 2021, pp. 133-144.
- J. MEYER, “Die praktische Bedeutung des UN-Kaufrechts in Deutschland”, *RabelsZ*, 85, 2, 2021, pp. 357-401.
- L. MORENO GARCÍA, “Competencia judicial internacional en litigios sobre reclamación de compensación por cancelación de vuelo promovidos por agencias de gestión de cobros”, *Revista General de Derecho del Turismo*, nº. 3, 2021.
- J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “Algunas observaciones sobre el proyecto de Convenio de UNCITRAL sobre la venta judicial de buques”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 472-497.
- L.S. ROSSI, “Litigio transfronterizo entre un profesional que se ve obligado a transferir la herencia de una víctima de un accidente de circulación a una empresa de seguros y a esta empresa: TJ, Sala Tercera, S 20 May. 2021. Asunto C-913/19: CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością/Gefion Insurance A/S”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “El *advance purchase agreement* (APA) entre AstraZeneca y la Comisión Europea visto desde el Derecho privado”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- K.-H. THUME, “Ausgleichsrelevanter Warenvertrieb in der EU: der Brexit lässt grüßen!”, *IHR*, 21, 2, 2021, pp. 53-57.
- D. TURING, *Clearing and settlement*, 3ª ed., London, Bloomsbury Professional, 2021.
- C. WENDELSTEIN, “Private Kreditvergabe über p2p-Lending-Plattformen als Herausforderung für das Internationale Privatrecht”, *GPR*, 18, 5, 2021, pp. 220-230.

Contratos internacionales de consumo

- A.B. BIARD, “Retour sur 6 ans de Dieselgate en Europe du point de vue des consommateurs”, *Droit de la consommation*, nº 131, 2021, pp. 3-20.
- M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, LXXIII, 1, 2021, pp. 57-82.
- M. CAMPO COMBA, *The law applicable to cross-border contracts involving weaker parties in EU private international law*, Cham, Springer, 2021.
- M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- M.J. CATALÁN CHAMORRO, “El derecho a la información de las ADR de consumo tras el caso C-380/19”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 811-824.
- G. CROISANT, “Arrêt Movic: État des lieux du droit international privé européen des actions en cessation”, *Droit de la consommation*, nº 133, 2021, pp. 16-29.

- É. DE DUVE, “L’arrêt Bondora, ou Comment concilier l’injonction (européenne) de payer et la protection du consommateur contre les clauses abusives: note”, *Revue de droit commercial belge*, 127, 1, 2021, pp. 45-51.
- F. FERRARI, “Una forma di tutela del consumatore abrogata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia”, *Rivista di diritto processuale*, LXXVI, 3, 2021, pp. 1068-1085.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “A new European way to collective redress?: representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November”, *GPR*, 18, 2, 2021, pp. 61-80.
- L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “Un (nuevo) reto que es preciso afrontar: la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en los contratos sobre servicios digitales”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- B. GSELL, “The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers: a huge, but blurry step forward”, *Common Market Law Review*, 58, 5, 2021, pp. 1365-1400.
- J. HEYMANN, “Clauses attributives de compétence et cession de créance: du désordre et de l’incohérence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 421-434.
- L. HORNSKOHLE, “Up- and downsides of the new EU directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers: comments on key aspects”, *EuCML*, 10, 5, 2021, pp. 189-199.
- L. HÜBNER, “Forumwechsel durch Wohnsitzverlegung des Verbrauchers gemäß Art. 17 ff. Brüssel Ia-VO”, *ZVglRWiss*, 120, 3, 2021, pp. 222-234.
- L. IDOT, “La ‘matière civile et commerciale’ à l’épreuve de l’intervention du Ministre de l’Économie en droit de la consommation”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 383-400.
- M. ILIEVA, *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- N. JÄÄSKINEN, “Carácter abusivo de las cláusulas que definen el mecanismo de determinación del tipo de interés variable en un contrato de préstamo: TJ, Sala Primera, S 25 Nov. 2020. Asunto C-269/19: Banca B”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- N. JÄÄSKINEN, “La acción ejercitada por un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas de acuerdo con cláusulas abusivas está supeditada a un plazo de prescripción de tres años: TJ, Sala Primera, S 22 Abr. 2021. Asunto: C-485/19: I Profi Credit Slovakia”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 92.
- N. JÄÄSKINEN, “Posibilidad de que el juez nacional invalide la totalidad del contrato que contiene la cláusula abusiva si la normativa de un Estado miembro establece la sustitución de dicha cláusula abusiva: TJ, Sala Sexta, 2 Sep. 2021. Asunto C-932/19: OTP Jelzálogbank y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- I. JARUKAITIS, “Obligación de domiciliar los ingresos en una cuenta de pago en la entidad del prestamista durante un período establecido por el contrato de préstamo a cambio de una ventaja individualizada: TJ, Sala Quinta, S15 Oct. 2020. Asunto C-778/18: Association française des usagers de banques”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “Los riesgos procesales del cambio del domicilio del consumidor: ¿necesitan una reforma el reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano?: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, asunto C-296/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- E.M. JIMÉNEZ PALMA, “Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 789-805.
- A. JUNKER, “Keine Raketenwissenschaft: Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des europäischen Internationalen Privat- und Prozessrechts”, *EuZA*, 2, 2021, pp. 234-245.
- K.-O. KNOPS, “Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen”, *RabelsZ*, 85, 3, 2021, pp. 505-543.
- M. KRAMME, “Mehr als ein Qualifikationsproblem: Zum Verhältnis von Verbrauchervertrags- und Geschäftsfähigkeitsstatut”, *RabelsZ*, 85, 4, 2021, pp. 775-810.

- P. LIMBRÉE, “Arrêt Möbel Kraft de la C.J.U.E.: l’exception au droit de rétractation dans les contrats de vente dont l’objet est un ‘bien confectionné selon les spécifications du consommateur’: affaire C-529/19”, *Droit de la consommation*, n° 133, 2021, pp. 31-46.
- É. LOQUIN, “La soumission de l’arbitrage international à un régime protecteur du consommateur. (Civ. Ire, 30 septembre 2020, n° 18-19.241, D. 2020. 2501, note D. Mouralis; ibid. 2484, obs. T. Clay; AJ contrat 2020. 485, obs. D. Mainguy; RTD civ. 2020. 845, obs. L. Usunier; Dalloz actualités, 19 octobre 2020, 1949, obs. J. Jourdan-Marques; JCP 2020, 311, note M. de Fontmichel; JDI 2020. 1307, note E. Gaillard)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 202-222.
- T.B. LÜHMANN, “Anforderungen und Herausforderungen der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern”, *ZIP*, 42, 16, 2021, pp. 824-836.
- P. MANKOWSKI, “Europäisches Internationales Verbraucherprozessrecht und Gesellschaftsverträge”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 432-439.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 98.
- G.A. MORALES SANCHO, “Diligencias de acceso a fuentes de prueba y responsabilidad frente a consumidores y usuarios. Una perspectiva comparada: EE. UU., Alemania y España”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 423-439.
- J. OSTER, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im Datenschutz”, *ZEuP*, 29, 2, 2021, pp. 275-306.
- J. O’SULLIVAN, “Kollektiver Rechtsschutz: Kommen Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild nach Irland?”, *Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, 5-6, 2021, pp. 222-227.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis: Sentencia TJ de 10 diciembre 2020, asunto C-774/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 89.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales B2C: problemas de calificación y tribunales competentes”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 41, 2021.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores y protección de datos personales. Un estudio desde la perspectiva de la competencia judicial internacional”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 351-410.
- A. PATO/E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Cross-border data protection through collective litigation: a EU legal maze?”, *European Data Protection Law Review*, 7, 4, 2021, pp. 550-559.
- I. PRETELLI, “Protecting digital platform users by means of Private International Law”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 574-585.
- I. PRETELLI, “A Humanist Approach to Private International Law and the Internet – A Focus on Platform Users as Weaker Parties”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 201-244.
- B. RENTSCH, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union: No New Deal for Consumers”, *RabelsZ*, 85, 3, 2021, pp. 544-578.
- F. RIELÄNDER, “Die verkappte Streitgenossenzuständigkeit am Verbrauchergerichtsstand des Art. 18 Abs. 1 EuGVVO”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 512-521.
- P. RÖTHEMEYER, “Die neue Verbandsklagen-Richtlinie”, *VuR*, 36, 2, 2021, pp. 43-52.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La tutela colectiva de los consumidores en Derecho internacional privado español: ordenación de algunos aspectos procesales”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 111-145.
- M. SAFJAN, “Contrato de juegos de póker celebrado en línea entre una persona física y un organizador de juegos de azar: regularidad de la actividad: TJ, Sala 6ª, S 10 Dic. 2020. Asunto C-774/19: Personal Exchange International Limited”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 89.
- K. SEIN, “Smart consumer goods and digital content: international jurisdiction and law applicable to the claims of consumers”, *Revue de droit commercial belge*, 127, 1, 2021, pp. 8-20.
- D.J.B. SVANTESSON, “‘Scope of Jurisdiction’ – A Key Battleground for Private International Law Applied to the Internet”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 245-274.

- A.J. TAPIA HERMIDA, “Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2020, asunto C-778/18”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.
- C. TOADER, “Riesgo de sobreendeudamiento en los contratos de crédito al consumo y obligación del prestamista de comprobar la solvencia del consumidor (TJ, Sala Sexta, S 10 Jun. 2021): TJ, Sala Sexta, S 10 Jun. 2021. Asunto C-303/20: Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- C. TOADER, “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores en el marco del Convenio de Lugano II (TJ, Sala Sexta, S 30 Sep. 2021, Asunto C-296/20: Commerzbank AG): TJ, Sala Sexta, S 30 Sep. 2021. Asunto C-296/20: Commerzbank AG”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- G. VOLLKOMMER, “EU-Verbrauchersammelklage: ein Überblick über die Regelungen der Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sowie ihre mögliche Umsetzung in deutsches Recht”, *MDR*, 75, 3, 2021, pp. 129-138.
- C. WENDELSTEIN, “Haftung von CFD-Brokern im europäischen Zuständigkeitsrecht: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 2.4.2020: C-500/18, Reliantco und EuGH, Urt. v. 3.10.2019: C-208/18, Petruchová”, *GPR*, 18, 1, 2021, pp. 7-14.
- W. WURMNEST/C. GRANDEL, “Die behördliche Durchsetzung verbraucherschützender Verhaltenspflichten als Zivil- und Handelssache: Unterlassung, Beweis, vereinfachte Feststellung: Rs. C-73/19 : Belgische Staat und Directeur-Generaal van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie ./ Movic BV u.a.”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 440-445.
- I. ZIEMELE, “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Vencimiento anticipado del contrato de préstamo: acumulación de intereses del préstamo e intereses de demora (TS, Sala Séptima, S 10 Jun. 2021): TS, Sala Séptima, S 10 Jun. 2021. Asunto C-192/20: Prima banka Slovensko”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.

Contrato internacional de trabajo

- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Acción de despido laboral, ley aplicable y cuestión calificatoria vinculada a la prescripción. A propósito de la Sentencia n.º 300/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 702-713.
- C. ANDORFER/T. TSANKOVA-HERRTWICH, “Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit durch das Arbeitsschutzkontrollgesetz: Verstoß gegen Europarecht?”, *EWS*, 32, 3, 2021, pp. 139-143.
- Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Crónica de jurisprudencial laboral internacional 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 612-631.
- J. BALLINA DÍAZ, “Los límites a la inmunidad jurisdiccional de las agencias descentralizadas de la Unión Europea: el caso de la Oami/Euipo: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- L. BAY LARSEN, “Conductores que se dedican al transporte internacional por carretera: TJ, Gran Sala, S 1 Dic. 2020. Asunto C-815/18: Federatie Nederlandse Vakbeweging”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- L. BAY LARSEN, “Admisión de la posibilidad del acceso parcial a una de las profesiones a las que se aplica el mecanismo de reconocimiento automático de las cualificaciones profesionales: TJ, Sala Primera, S 25 Feb. 2021. Asunto C-940/19: Les Chirugiens-Dentistes de France y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- U. BELINTXON MARTIN, “El foro del domicilio del empleador en los contratos internacionales de trabajo. Un apunte sobre la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de abril de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 725-731.
- U. BELINTXON MARTIN, “Despido laboral, ley aplicable y caducidad de la acción. Reflexiones sobre la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 631-638.

- U. BELINTXON MARTIN, “La singularidad del desplazamiento transfronterizo de conductores en la Unión Europea, el salario mínimo y el Reglamento 593/2008: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- F. BILTGEN, “Régimen aplicable a los trabajadores del sector público próximos a jubilarse con la pensión íntegra: TJ, Sala Tercera, S 15 Abr. 2021. Asunto C-511/19: Olympiako Athlitiko Kentro Athinon”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 93.
- M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, LXXIII, 1, 2021, pp. 57-82.
- M. CAMPO COMBA, *The law applicable to cross-border contracts involving weaker parties in EU private international law*, Cham, Springer, 2021.
- T. VON DANWITZ, “Concesión de un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado, después de una fecha elegida por el empresario, un certificado de discapacidad: TJ, Gran Sala, S 26 Ene. 2021. Asunto C-16/19: Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- T. VON DANWITZ, “El principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras puede invocarse directamente, tanto para un ‘mismo trabajo’ como para un ‘trabajo de igual valor’, en litigios entre particulares (TJ, Sala Segunda, S 3 Jun. 2021, as. C-624/19): TJ, Sala Segunda, S 3 Jun. 2021. Asunto C-624/19: Tesco Stores (Effet direct de l’article 157 TFUE - travail de même valeur)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- V. DAVIOT, *L’articulation des contrats collectifs: essai dans l’ordre juridique et transnational*, Paris, LexisNexis, 2021.
- E. EICHENHOFER, “Transnationale Rechtsansprüche auf Grund Europäischen Arbeits- und Sozialrechts”, *ZESAR*, 20, 7, 2021, pp. 275-283.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, “EL apoyo de la red diplomática y consular a la nueva emigración española: papel de las actuales consejerías de trabajo, migraciones y seguridad social en el exterior”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 174-189.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Aplicación de las condiciones laborales del Estado de acogida a los trabajadores temporalmente desplazados y Reglamento Roma I: Sentencias del TJ de 8 diciembre 2020, asuntos C-620/18 y C-626/18”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Contrato de trabajo formalizado y no ejecutado y aplicación de los instrumentos de DIPr: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2021, asunto C-804/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Inmunidad de jurisdicción y dimensión transfronteriza en los litigios relativos a los contratos de trabajo en misiones diplomáticas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, asunto C- 280/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- W. FRENZ, “EU-Arbeitnehmergrundrechte in der Corona-Krise”, *ZESAR*, 20, 4, 2021, pp. 164-170.
- G. GABRIEL PIZARRO, “Competencia judicial internacional en materia laboral cuando el trabajador no ha realizado ninguna prestación efectiva: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2021, as. C- 804/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- A. GIMENO RUIZ, “Teletrabajo y Competencia Judicial Internacional”, *Diario La Ley*, nº 9801, 2021.
- R. GRABOSCH (HRSG.), *Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Ley aplicable al contrato de trabajo internacional: la proscripción del ‘espiguelo normativo’ (STSJ de Madrid 10 de marzo 2020)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 931-938.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Los difusos contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo (STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 806-818.
- A. JUNKER, “Keine Raketenwissenschaft: Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des europäischen Internationalen Privat- und Prozessrechts”, *EuZA*, 2, 2021, pp. 234-245.
- A. JUNKER, “Geisterprozess in Salzburg: die Raumpflegerin auf der Suche nach dem verlorenen Arbeitgeber: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 25.2.2021, C-804/19: Rechtssache Markt24”, *EuZA*, 3, 2021, pp. 325-335.

- A.J. KUMIN, “Medidas que tienen por objeto prevenir los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada en el sector público: TJ, Sala Séptima, S 11 Feb. 2021. Asunto C-760/18: Agios Nikolaos”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- C. LYCOURGOS, “Concepto de ‘tiempo de trabajo’ en relación con un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial: STJ, Gran Sala, S 9 Mar. 2021. Asunto C -344/19: Radiotelevizija Slovenija (Période d’astreinte dans un lieu reculé)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 92.
- I. MÄRZ, *Das Internationale Privatrecht bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug*, Dortmund, readbox unipress, 2021.
- J.L. MONEREO PÉREZ, “El abuso de la contratación temporal en el ámbito del sector público: Sentencia del TJUE 11 de febrero de 2021 (asunto C-760/18)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “Trabajadores del sector público y pensión de jubilación: principio de igualdad de trabajo y prohibición de discriminación por edad: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 15 de abril de 2021, asunto C-511/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 93.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o ‘de igual valor’”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “El ‘tiempo de trabajo’ y el ‘período de descanso’ a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asuntos C-344/19 y C-580/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 92.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- I.H. MUSA, *Les droits sociaux et le processus de constitutionnalisation de l’Union européenne*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- J. PASSER, “Determinación de la competencia internacional en orden a un contrato celebrado entre un trabajador nacional de un Estado miembro con una representación consular de ese Estado miembro en otro Estado miembro (TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021): TJ, Sala Octava, S 3 Jun. 2021. Asunto C-280/20: Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- J. PÉREZ FONT, “El grupo de empresas y la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 863-869.
- A. PRECHAL, “Normativa nacional que supedita la concesión del derecho a un permiso parental a la ocupación de un puesto de trabajo y a la afiliación obligatoria del trabajador como tal al correspondiente régimen de la seguridad social en la fecha de nacimiento del hijo: TJ, Sala Octava, S 25 Feb. 2021. Asunto C-129/20: Caisse pour l’avenir des enfants (Emploi à la naissance)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- E. REGAN, “Determinación del Estado miembro en el que el empleador ejerce normalmente actividades sustanciales distintas de la mera gestión interna (TJ, Gran Sala, 3 Jun. 2021): TJ, Gran Sala, 3 Jun. 2021. Asunto C-784/19: Team Power Europe”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- H.-J. REINHARD, “Indexierung von Pensionen/Eigentumsrechte: Urteil des EuGH vom 24.9.2020, Rs. C-223/19 (YS./NK AG)”, *ZESAR*, 20, 8, 2021, pp. 343-354.
- M. SAAGE-MAASS ET AL. (EDS.), *Transnational legal activism in global value chains: the Ali Enterprises factory fire and the struggle for justice*, Cham, Springer International Publishing, 2021.
- M. SAFJAN, “Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo: Concepto de ‘lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo’: TJ, Sala Primera, S 25 Feb. 2021. Asunto C-804/19: BU y Markt24 GmbH”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.

- M. SAFJAN, “Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo: Concepto de ‘lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo’: TJ, Sala Primera, S 25 Feb. 2021. Asunto C-804/19: BU y Markt24 GmbH”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.
- M. SAFJAN, “Contratos individuales de trabajo de trabajadores que realizan su trabajo en varios Estados miembros: TJ, Sala Primera, S 15 Jul. 2021. Asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20: SC Gruber Logistics”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “El ingreso mínimo vital a la luz del Derecho de la Unión Europea y de los Convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 629-656.
- M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, “Competencia de los Tribunales españoles para conocer de una demanda por despido formulada por una trabajadora, que prestó servicios en la EUIPO en virtud de sucesivos contratos: TS, Social, S 22 Abr. 2021. Asunto: Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- M. VILARAS, “El Tribunal de Justicia desestima los recursos de anulación presentados por Hungría y Polonia contra la Directiva que refuerza los derechos de los trabajadores desplazados: TJUE, Gran Sala, SS 8 dic. 2020. Asuntos: C-620/18: Hungría/Parlamento y Consejo y C-626/18: Polonia/Parlamento y Consejo”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- M. VILARAS, “El Tribunal de Justicia desestima los recursos de anulación presentados por Hungría y Polonia contra la Directiva que refuerza los derechos de los trabajadores desplazados: TJ, Gran Sala, SS 8 Dic. 2020. Asuntos: C-620/18: Hungría/Parlamento y Consejo y C- 626/18: Polonia/Parlamento y Consejo”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- M. VILARAS, “Limitación a la duración del contrato de trabajo de los trabajadores portuarios que no forman parte del contingente de trabajadores previsto en la legislación nacional: TJ, Sala Cuarta, S 11 Feb. 2021. Asunto C-407/19: Katoen Natie Bulk Terminals y General Services Antwerp”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.

Derechos reales

- R. ARENAS GARCÍA, “Competencia en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y competencia en materia contractual en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo: Sentencia TJ de 11 noviembre 2020, asunto. C-433/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- R. BRETTEL, “La circulation juridique et matérielle des œuvres d’art en Europe: penser la frontière”, *RDIA*, nº 4, 2021, pp. 5-18.
- R. CARO GÁNDARA, *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Funcionamiento de los Registros internacionales sobre aeronaves, tanto tripuladas como no tripuladas (drones)”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 269-302.
- M. COSTA/W. FABER, “Zur Rechtswahl beim Eigentumsvorbehalt an Exportwaren nach Art 10:128 Abs 2 BW”, *ZfRV*, 62, 3, 2021, pp. 114-129.
- J.A. ESTRELLA FARIA, *La protection des biens culturels d’intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*, Leiden/ Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- W. FABER/M. COSTA, “La propriété cédée à titre de garantie sans publicité en Allemagne reste valable après le déplacement du bien en Autriche. (OGH 23 janv. 2019, aff. 3 Ob 249/18s, JBl 2019. 439, obs. L. Ronacher; ZFR 2019. 468, obs. A. Schwartze; EvBl 2020/9, obs. C. Brenn; EWiR 2019. 337, obs. P. Mankowski; IPRax 2019. 560 note B. Lurger)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 235-245.
- P.-W. FREGONESE, “Soft Power at the Time of Pandemic: Upheavals and Continuity of Cultural Industries”, *RDIA*, nº 4, 2021, pp. 106-112.
- M. FRIGO, “Dispute Settlement and Due Diligence in the International Art Trade”, *RDIA*, nº 4, 2021, pp. 81-91.
- R. GOODE, “Issues of Interpretation under the Cape Town Convention and its Protocols”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *Arbitrato, contratti e diritto del commercio internazionale. Arbitration, con-*

- tracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini. Essays in Honour of Giorgio Bernini. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 179-201.
- I. HEREDIA CERVANTES, “Insolvencia en el sector aeronáutico: garantías internacionales y Brexit”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 92.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Tribunales españoles y Derecho Internacional Privado: el asunto central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. Historia de un desencuentro palmario... (continuará)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 342-363.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El asunto central Santa Lucía contra Meliá hoteles. Reflexiones en torno al auto JPI núm. 24 Palma de Mallorca, de 3 mayo de 2021 (continuará)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 761-777.
- C. HERSHKOVITCH/N. GUNDOGAR/C. BENOIT, “Le contentieux de la restitution des biens culturels”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 92-105.
- A. HORVÁTH/J.P. PÉREZ VELÁZQUEZ, “Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo?”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 256-288.
- E. JAYME, “Kanada: Ausfuhrbeschränkungen für nationale Kulturgüter im Internationalen Kunsthandel – Zur Bestimmung der kulturellen Identität eines Kunstwerks - Betrachtungen zu der Entscheidung Attorney General of Canada and Heffel Gallery Limited, 2019 FCA 82”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 198-200.
- E. JAYME, “Zwangverkäufe jüdischer Kunsthändler in Frankreich – Zur Restitution von Gemälden des Künstlers André Derain aus französischen Museen an die Erben des Kunsthändlers René Gimpele – Cour d’appel de Paris, 30.9.2020”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 305-306.
- E. JAYME, “Der U.S. Supreme Court und der Welfenschutz: Immunität der Bundesrepublik Deutschland und die ‘domestic takings rule’”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 482-484.
- E. JAYME, “Die Rechtsstellung indigener Völker in Kulturgutverfahren vor deutschen Gerichten”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 13-22.
- C. JIMÉNEZ GALLEGO, “La autorización militar para adquirir inmuebles por extranjeros”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 112, 2021, pp. 169-210.
- C. KOHLER, “Rückholung des Quimbaya-Goldschatzes nach Kolumbien? Zur Entscheidung des kolumbianischen Verfassungsgerichts über die Restitution von Kulturgütern durch Spanien”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 23-34.
- C. KRANZ, “IPR-Fragen bei der Verpfändung von Mitgliedschaftsrechten”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 139-143.
- G. LARDEUX, “De certaines hypothèses délicates du droit international privé des immeubles”, *JDI Clunet*, 148, 4, 2021, pp. 1259-1275.
- L. MAUGER-VIELPEAU, “Le marché de l’art à l’épreuve des espèces protégées”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 19-31.
- V. PRISLAN, “Judicial expropriation in International Investment Law”, *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 165-195.
- K. RAHM, *Das “Rechtsprädikat” in Sach- und Kollisionsrecht: das mobiliarsachenrechtliche Anwartschaftsrecht als zukünftige Inhaberschaft am Eigentum*, Baden-Baden, Tectum Verlag, 2021.
- J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten. Aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Acción judicial ejercitada por un propietario de un bien sometido al régimen de propiedad horizontal con la que pretende lograr que otro propietario deje de utilizar con fines turísticos un bien inmueble sujeto a dicho régimen: TJ, Sala Primera, S 11 Nov. 2020. Asunto C-433/19: Ellmes Property Services”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 89.
- M. THEY, “La Convention de l’Unesco de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique: un succès en demi-teinte”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 32-71.
- C. THOMALE, “Internationale Zuständigkeit für dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen: Der Wohnungseigentumsvertrag”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 245-249.
- L. VAGNI, “Proprietary Estoppel: an italian case law perspective”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 657-671.

- D. WALCZAK, *Die Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen nach dem DCFR: Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- M. WELLER, “Nach 20 Jahren ‘Washington Principles on Nazi Confiscated Art’: Zeit für ein ‘Restatement of Restitution Rules’”, en M. GEBAUER/S. HUBER (HRSG.), *Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur: Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 91-100.
- F.M. WILKE, “Autonome Auslegung und kein Ende?: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-433/19 – Ellmes Property Services ./ SP”, *GPR*, 18, 2, 2021, pp. 57-61.

Propiedad intelectual e industrial

- J. ADOLPHSEN, *Europäisches und internationales Zivilprozessrecht in Patentsachen*, 3ª ed., Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2021.
- A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 116-131.
- R. BEYER, “Patentlizenzverträge und die Rom I-Verordnung: Leitlinien zum mangels Rechtswahl anwendbaren Recht”, *GRUR*, 123, 8, 2021, pp. 1008-1017.
- N. BRUUN/G.B. DINWOODIE/M. LEVIN/A. OHLY (EDS.), *Transition and coherence in intellectual property law: essays in honour of Annette Kur*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- S. CHATRY, “Stratégies de cumul de protections d’un bien intellectuel”, *Propriétés intellectuelles*, nº 78, 2021, pp. 9-22.
- B. VAN HOUTERT, “Jurisdiction in Cross-Border Copyright Infringement Cases – Rethinking the Approach of the Court of Justice of the European Union”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 299-334.
- M. ILESIC, “La inserción de una obra en una página web de un tercero mediante transclusión (framing) constituye una puesta a disposición de esa obra a un público nuevo: TJ, Gran Sala, S 9 Mar. 2021. Asunto C-392/19: VG Bild-Kunst”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.
- M. ILESIC, “El registro sistemático de direcciones IP de usuarios y la comunicación de sus nombres y direcciones postales al titular de los derechos de propiedad intelectual o a un tercero para permitir la presentación de una demanda de indemnización son admisibles bajo determinadas condiciones (TJ, Sala Quinta, 17 Jun. 2021): TJ, Sala Quinta, 17 Jun. 2021. Asunto C-597/19: M.I.C.M.”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- M. ILESIC, “Responsabilidad del operador por vulneraciones de derechos de propiedad intelectual cometidas por los usuarios de su plataforma: TJ, Gran Sala, S 22 Jun. 2021. Asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18: YouTube y Cyando”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 95.
- C. ILIOPOULOS, “El signo que representa el escudo del club de fútbol AC Milan no puede ser objeto de un registro internacional como marca en el que se designe a la Unión para artículos de papelería y de oficina. TG, Sala Sexta, S 10 Nov. 2021: Asunto T-353/20: AC Milan/EUIPO-InterES (ACM 1899 AC MILAN)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “Liberación de las patentes y acceso universal a las vacunas contra la Covid-19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 93.
- E. JUHÁSZ, “Protección de la denominación de origen protegida (DOP) ‘Champagne’ y comparabilidad con los productos de nombre comercial ‘Champanillo’: TJ, Sala, Sala Quinta, S 9 Sep. 2021. Asunto C-783/19: Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- M. KOCH, *Die Qualifikation des Verlagsvertrages im internationalen Privatrecht: urhebervertragrechtliche Anknüpfungen im europäischen Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- T. KÜHNEN, *Handbuch der Patentverletzung*, 13ª ed., Köln, Heymann, 2021.
- S. LÓPEZ MAZA, “Framing y comunicación pública de contenidos protegidos por la propiedad intelectual: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2021 (asunto C- 392/19: VG Bild-Kunst)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 91.

- S. LÓPEZ MAZA, “Responsabilidad de los operadores de plataformas online por las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021 (asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 95.
- A. LOPEZ TARRUELLA, “International jurisdiction in EU trademark infringements on the internet – is it possible to complicate things even further?”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 352-361.
- L. MAIBAUM, *Die rechtsgeschäftliche Übertragung des Prioritätsrechts bei europäischen Patenten*, Köln, Heymanns, 2021.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 98.
- C. NICOLAS, “Legal Pathways to Ensure Museum Brand Equity: A Brief Analysis of the Use of Intellectual Property Rights”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 72-80.
- P. OSTENDORFF, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zur patentrechtlichen Äquivalenzlehre in Deutschland und Großbritannien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- F. POCAR, “Brevi note sulla giurisdizione del nuovo tribunale unificato dei brevetti”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 247-256.
- J. SCHULTE, “Unionsmarke im Aufwind: Stärkung des Gerichtsstands des Art. 125 Abs. 5 UMV bei Inter- netdelikten: EuGH, 5.9.2019 – Rs. C-172/18 – AMS Neve Ltd. ./ Heritag Audio SL”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 72-77.
- G. STEINFATT, “El Tribunal General anula la resolución de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) que denegó el registro de marca denominativa de la Unión Hispano Suiza: TG, Sala Tercera, S 2 Jun. 2021. Asunto T-177/20: Himmel/EUIPO – Ramirez Monfort (Hispano Suiza)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 95.
- K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, “Creation of technical conditions for use or infringement: the meanders of the warehouse keeper’s liability in light of CJEU judgment C-567/18 Coty Germany”, *IIC*, 52, 3, 2021, pp. 265-282.
- K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, “More flexibility for EU trade mark owners in choice of jurisdiction”, *ERA-Forum*, 22, 1, 2021, pp. 119-135.
- W. TILMANN, “UK adherence to the Lugano Convention under the aspect of international European patent jurisdiction”, *EIPR*, 43, 9, 2021, pp. 559-569.
- É. TREPPOZ, “Le droit contractuel des auteurs: aspects de droit international privé”, *Propriétés intellectuelles*, n° 80, 2021, pp. 60-65.
- M. TRIMBLE, “Res judicata and Unclaimed Foreign Copyright Infringement”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 275-298.

Obligaciones extracontractuales

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una nueva, provisional y discutible delimitación de la competencia judicial internacional en materia de atentados a los derechos de la personalidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 2021, asunto C-800/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 95.
- R. AMARO/P.L. NIHOUL, *Private enforcement of competition law in Europe: directive 2014-104-EU and beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- M.-É. ANCEL, “Espace judiciaire européen en matière civile: Règlement Bruxelles I bis: compétence en cas de préjudice purement financier (CJUE, 1re ch., 12 mai 2021, aff. C-709/19, Vereniging van Effectenbezitters c/ BP plc, Europe 2021. Comm. 271, obs. L. Idot; D. 2021. 968; Rev. crit. DIP 2021. 672, note L. d’Avout)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2021, pp. 921-930.

- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La pérdida económica del inversor como daño extracontractual y criterio para determinar la CJI a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012 (STJUE 12 de mayo de 2021, Asunto C-709/19, Vereniging van Effectenbezitters y BP plc.)”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 431-454.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Plataformas digitales de reservas hoteleras, acciones acumulativas y su impacto en la estrategia de litigación internacional. Comentario a la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2020, c-59/19, *Wikingerhof vs. Booking*”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 714-724.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Responsabilidad civil internacional por daños causados por un robot quirúrgico”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 147-180.
- R. ARENAS GARCÍA, “Daño económico y competencia judicial internacional. La necesaria continuidad entre el hecho generador del daño y el lugar de manifestación del mismo en el art. 7.2º del Reglamento 1215/2012: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2021, Asunto C-709/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- L. D’AVOUT, “Centralisation du contentieux indemnitaire contre les sociétés cotées en Europe (le reflux du *forum actoris*) - CJUE. 12 mai 2021, aff. C-709/19”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 672-692.
- T. BAUERMEISTER, *Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie: Art. 11 und Art. 19 RL 2014/104/EU auf dem Prüfstand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- P. BERNHEIM, *Bestimmung und Reichweite des Handlungsortes im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht unter Einbeziehung ausgewählter nationaler Rechtsordnungen: eine kritische Analyse*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2021.
- A.B. BIARD, “Retour sur 6 ans de Dieselgate en Europe du point de vue des consommateurs”, *Droit de la consommation*, nº 131, 2021, pp. 3-20.
- BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2021.
- T. BRAND/F. GEHANN, “Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte beim Kartellrechtsverstoß im Vertragsverhältnis: zugleich Besprechung zum Urteil des EuGH in Sachen Wikingerhof”, *NZKart*, 9, 2, 2021, pp. 101-105.
- É. BRUC, “Establishing jurisdiction for damages claims: the bone, the spacecraft and the apes”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 10, 2021, pp. 721-733.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. SAP Barcelona 19 junio 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 732-740.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La interpretación ‘indispensable’ del contrato: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 noviembre 2020, asunto C- 59/19, Wikingerhof GmbH & Co. KG y Booking.com BV”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.
- A. CAIOLA, “Lieu de la matérialisation du dommage, juridictions compétentes et actions en réparation: CJUE, 1re ch., 15 juillet 2021, RH/AB Volvo, Volvo group Trucks Central Europe GmbH, Volvo Lastvagnar AB, Volvo Group España SA, aff. C-30/20”, *Revue des affaires européennes*, 27, 3, 2021, pp. 677-684.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso Minas de Potasa de Alsacia (1976) al caso Volkswagen (2020)”, en J. ATAZ LÓPEZ/J.A. COBACHO GÓMEZ (COORD.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 987-1022.
- M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 110-133.
- C. CHALAS/H. MUIR WATT, “Vers un régime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales? Point d’étape post-Brexit. (Affaires Municipio de Mariana v. BHP plc & BHP group Ltd; Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another)”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 333-347.
- G. CHRISTANDL/O. RISS, *Schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit im internationalen Eisenbahnverkehr*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2021.

- P.D. COLMEGNA, “Reflexiones en torno a la responsabilidad internacional del Estado por actos de empresas: una mirada desde el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, n° 27, 2021, pp. 351-390.
- C.I. COMPES, *Die Emittentenhaftung in der Brüssel Ia-VO*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- G. CUNIBERTI, “Règlement Bruxelles Ibis et compétence internationale pour connaître (Tribunal judiciaire de Paris, 31 mars 2021, No RG 19/00795) d’une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7.
- G. CUNIBERTI, “Le juge est tenu d’appliquer la règle de conflit de lois même statuant en référé”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 435-439.
- V. DAI DO, “La responsabilité civile du demandeur pour le préjudice causé par une mesure provisoire ordonnée par les arbitres”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 67-85.
- M. DANIELE, “Alcune riflessioni sul cyber attack subito dall’Australia: oltre i problemi di attribuzione dell’illecito”, *RDI*, 104, 1, 2021, pp. 189-196.
- E. DEGNER, *Vorstandsinnhaftung nach Kartellrechtsverstößen*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- N.L. DOBSON, *Extraterritoriality and climate change jurisdiction: exploring EU climate protection under international law*, Oxford, Hart, 2021.
- M.I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, “Estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y japonés acerca de la responsabilidad por daños morales derivados de la infidelidad conyugal”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 238-254.
- F. EICHEL, “Gerichtsstandsvereinbarungen und europarechtliche Auslegungsregeln im Kontext des Delikts- und Kartellrechts”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 143-149.
- M.B. FONTANA, “Finanzmarktdelikte im internationalen Verfahrensrecht: ist der Handlungsort der bessere Erfolgsort?”, *RIW*, 67, 5, 2021, pp. 285-291.
- S. FORLATI/P. FRANZINA (EDS.), *Universal civil jurisdiction: which way forward?*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- C. FOSSATI, “Le azioni di *private enforcement* tra le parti di un contratto: giurisdizione e legge applicabile”, *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 640-733.
- B. FREUND, “Reshaping liability: the concept of undertaking applied to private enforcement of EU competition law”, *GRUR Int.*, 70, 8, 2021, pp. 731-743.
- N. FRIEDMAN, “Corporate liability design for human rights abuses: individual and entity liability for due diligence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 41, 2, 2021, pp. 289-320.
- L. GARCÍA ALVAREZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 83-114.
- D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Implicaciones jurídicas y bioéticas de la inteligencia artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 255-276.
- G. GARRIGA SUAU, “El ejercicio de la acción directa por el perjudicado indirecto contra la aseguradora de responsabilidad civil con un establecimiento en otro Estado miembro: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2021, Asunto C- 913/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 96.
- H. GAUDEMET-TALLON, “L’obligation d’appliquer d’office l’art. 6 du règlement Rome II - Civ. 1^{re}, 26 mai 2021, n° 19-15.102”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 850-859.
- G. GAUDIN/F. WEBER, “Antitrust damages, consumer harm, and consumer collective redress”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 5, 2021, pp. 370-379.
- P. GILIKER, “Codification, Consolidation, Restatement? How Best To Systemise The Modern Law Of Tort”, *ICLQ*, 70, 2, 2021, pp. 271-305.
- J. GLÖCKLER, *Anwendbares Recht und Anerkennung bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen in Sanierungsplanverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- J. GRÀCIA I CASAMITJANA, “Competencia judicial internacional y territorial en acciones *follow-on* derivadas del cártel camiones: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, asunto C- 30/20”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 97.
- P. GRAEF, “Die Fortwirkungen des Skanska-Urteils: sind dessen Grundsätze zur Passivlegitimation auf die Aktivlegitimation übertragbar?”, *WRP*, 67, 7, 2021, pp. 880-885.

- M. HANNES, *Reine Vermögensschäden im Europäischen Internationalen Deliktsrecht: Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 2021.
- P. HAY, “Product Liability: Specific Jurisdiction over Out-of-State Defendants in the United States”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 338-340.
- B. HEIDERHOFF, “Internationale Produkthaftung 4.0: welche Wertungen sollten das Kollisionsrecht für autonome Systeme prägen?”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 409-416.
- C. HERRERO SUÁREZ, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 364-387.
- C.W. HERRMANN, “Schadensersatz für Wettbewerber wegen rechtswidriger staatlicher Beihilfen: weist Frankreich den Weg?”, *EWS*, 32, 4, 2021, pp. 181-192.
- C.M. HÜTT, *Die Abstimmung zwischen kartellrechtlichen Geldbußen und Schadensersatzansprüchen*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- M. HUHNS, *Ad-hoc-Publizitätshaftung im Internationalen Privatrecht: eine Untersuchung zur Berücksichtigung der regulatorischen Funktion der Haftungsansprüche im IPR*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2021.
- L. IDOT, “La distinction entre la ‘matière contractuelle’ et la ‘matière délictuelle’ revisitée par les actions en droit de la concurrence”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 440-460.
- D. JISU LEE, “Une action en responsabilité contre le Japon à propos de l’affaire des ‘femmes de réconfort’”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 461-466.
- T. KADNER GRAZIANO, “Short Limitation Periods in Cross-Border Liability Cases – No Solution Yet (*de lege lata*) but Five Options for Action (*de lege ferenda*)”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 405-434.
- A. KADRI/S. CAMPBELL, “Subsidiary liability: the Provimi point answered?: Sumal SL v Mercedes Benz Trucks Espana SL (C-882/19)”, *European Competition Law Review*, 42, 12, 2021, pp. 686-690.
- W. KAHL/M.-P. WELLER (EDS.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München, Beck; Oxford, Hart; Baden-Baden, Nomos, 2021.
- C.P. KALUSA, *Grundsätze im methodischen Umgang mit der Dynamik des Europäischen Prozessualen Sekundärrechts. Untersucht am Beispiel des Wohnsitzgerichtsstands des Geschädigten nach Art. 13 Abs. 2 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 lit. b EuGVO*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- A. KEILMANN/F. SCHMIDT, “Der Entwurf des Sorgfaltspflichtengesetzes: warum es richtig ist, auf eine zivilrechtliche Haftung zu verzichten”, *WM*, 75, 15, 2021, pp. 717-723.
- C.A. KERN/C. UHLMANN, “Vertrags- und Deliktsgerichtsstand revisited: von Kalfelis bis Brogsitter zu Wikingerhof: Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11.2020, C-59/19: Wikingerhof GmbH & Co. KG ./ Booking.com BV”, *GPR*, 18, 2, 2021, pp. 50-56.
- C. KERSTING/J. OTTO, “Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit. Teil 1, zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Sumal”, *NZKart*, 9, 12, 2021, pp. 651-659.
- P. KINDLER, “Abgasmanipulation als Umweltschädigung”, *RIW*, 67, 6, 2021, pp. 321-331.
- W. KIRCHHOFF, “Private enforcement im Beihilferecht”, *ZWeR*, 19, 3, 2021, pp. 393-400.
- O.L. KNÖFEL, “Normenmix bei Amtshaftung mit Auslandsbezug”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 392-400.
- C. KOHLER, “Rückbau der Mosaiklösung: Zur internationalen Zuständigkeit bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Unternehmen im Internet”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 428-432.
- H. KOZIOL, *Die Vereinheitlichung der Haftung von Eisenbahnunternehmen in der Europäischen Union*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2021.
- A. KRONENBERG, “Einmal mehr: Negative Folgen des Auseinanderfallens von forum und ius bei Direktklagen nach Verkehrsunfällen im Ausland”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 150-153.
- R. LAHME/A. RUSTER, “Der kartellrechtliche Beseitigungsanspruch als verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch”, *ZWeR*, 19, 4, 2021, pp. 544-564.
- S. LAI, “Incentivizing private antitrust enforcement to promote leniency applications”, *Journal of Competition Law and Economics*, 17, 3, 2021, pp. 728-749.

- A. LEPIÈCE/M. VANDENNEUCKER, “Arrêt ‘Volvo’: compétence en matière d’action en réparation du dommage causé par une infraction à l’article 101 TFUE”, *Journal de droit européen*, 29, 284, 2021, pp. 468-471.
- V. LUDWIG, *Conflicts evolution: die Restatements of conflict of laws und ihre Bedeutung für das US-amerikanische Deliktskollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen Restatement (Third)*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- M. MAIERHOFER, *Die schlichte Einwilligung in urheberrechtliche Onlinenutzungen im Internationalen Privatrecht*, Göttingen, V&R unipress, 2021.
- P. MANKOWSKI, “Deliktsrechtliche Ausweichklausel, Handlungsort und Gewichtung”, *RIW*, 67, 3, 2021, pp. 93-103.
- R. MANTZ, “Der fliegende (nationale) Gerichtsstand bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach der Eu-GVVO”, *GRUR*, 123, 7, 2021, pp. 930-933.
- F. MARCOS, “El régimen de prescripción de las acciones de daños por el ‘cártel de coches’”, *Diario La Ley*, nº 9975, 2021.
- F. MARCOS, “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*, nº 320, 2021.
- S. MARINO, “La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 898-931.
- T. MARZAL, “Le forum delicti à l’épreuve du Dieselgate - CJUE, 9 juill. 2020, aff. C-343/19”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 872-887.
- K. MEHRMANN, *Artikel 35a Rating-VO und das Internationale Privatrecht: Anwendung und Perspektiven der Rom II-VO im Rahmen der Haftung von Ratingagenturen*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- J.F. MERINO MERCHÁN, “A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 de abril de 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre de 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- H. MEYLE, *Reine Vermögensschäden im Europäischen Internationalen Deliktsrecht. Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- H. MEYLE, “Rethinking ‘the Place of the Damage Rule’ in Private International Law – A Critical Analysis of the ECJ Case Law”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 473-510.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Dónde demandar frente a actividades ilícitas en línea: perspectivas de evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- L. MORENO GARCÍA, “Competencia judicial internacional en litigios sobre reclamación de compensación por cancelación de vuelo promovidos por agencias de gestión de cobros”, *Revista General de Derecho del Turismo*, nº. 3, 2021.
- H. MUIR WATT, “Le for de l’atteinte à la dignité d’une nation: l’article 7-2° du règlement Bruxelles I bis n’accueillera pas l’actio popularis (CJUE, 17 juin 2021, aff. C-800/19)”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 911-926.
- A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “La jurisprudencia del TJUE sobre el Reglamento Roma II”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 299-321.
- L. NICCOLÒ, “Sulle domande giudiziali proposte contro la Repubblica popolare cinese dinanzi al giudice interno per il risarcimento dei danni causati dalla pandemia da COVID-19”, *RDI*, 104, 1, 2021, pp. 210-217.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Prevalencia del Convenio de La Haya de 1971 frente al Reglamento ‘Roma II’ para la determinación de la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de diciembre de 2020)”, *Diario La Ley*, nº 9840, 2021.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de pasajeros y de sus equipajes en el territorio de la Unión Europea en casos de ‘accidente’, tras la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (Asunto C-532/18: Niki Luftfahrt)”, *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº. 27, 2021, pp. 137-156.

- R. PALMSTORFER, “Eckpfeiler des unionsrechtlichen Kartellschadenersatzanspruches: eine Bestandsaufnahme”, *ÖZK*, 14, 1, 2021, pp. 4-9.
- E. PARTITI, “Polycentricity and polyphony in International Law: interpreting the corporate responsibility to respect human rights”, *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 133-164.
- C. PERONA MATA, “El papel de las autoridades en el tratamiento transfronterizo de datos personales: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2021, asunto C- 645/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- N. PIÇARRA, “Responsabilidad por la falta de veracidad del folleto de oferta pública o admisión a cotización de valores dirigida simultáneamente a inversores minoristas e inversores cualificados (TJ, Sala Cuarta, S 3 Jun. 2021): TJ, Sala Cuarta, S 3 Jun. 2021. Asunto C-910/19: Bankia”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- J.J. PIERNAS LÓPEZ, “When is a company not an undertaking under EU competition law?: the contribution of the Dôvera judgment”, *Common Market Law Review*, 58, 2, 2021, pp. 529-548.
- M. POESEN, “Regressing into the right direction: non-contractual claims in proceedings between contracting parties under Article 7 of the Brussels Ia Regulation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 3, 2021, pp. 390-398.
- O. POLLICINO, *Judicial protection of fundamental rights on the internet: a road towards digital constitutionalism?*, Oxford, Hart, 2021.
- O. REMIEN/M. ROBERT, “Étroitement liée?: zur internationalen Zuständigkeit für die Schadensersatzklage gegen einen Schiedsrichter nach Aufhebung des Schiedsspruchs und Art. 1 Abs. 2 lit. d), 7 Abs. 1 lit. b) EuGVVO”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 585-591.
- F. RIELÄNDER, “Der ‘Vertragsabschlusschaden’ im europäischen Deliktskollisions- und Zuständigkeitsrecht”, *RabelsZ*, 85, 3, 2021, pp. 579-619.
- F. RIELÄNDER, “eDate revisited: Schranken der Interessenmittelpunkt-Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in ubiquitären Medien: Zugleich Bespr. von EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – Mittelbayerischer Verlag (C-800/19)”, *EuZW*, 32, 20, 2021, pp. 884-889.
- D. RODI, “Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.7.2020: C-343/19, Verein für Konsumenteninformation/VW”, *GPR*, 18, 1, 2021, pp. 15-18.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 213-261.
- L.S. ROSSI, “Litigio transfronterizo entre un profesional que se ve obligado a transferir la herencia de una víctima de un accidente de circulación a una empresa de seguros y a esta empresa: TJ, Sala Tercera, S 20 May. 2021. Asunto C-913/19: CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością/Gefion Insurance A/S”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- L.S. ROSSI, “El Tribunal de Justicia precisa los requisitos para el ejercicio de las facultades de las autoridades nacionales de control con respecto al tratamiento transfronterizo de datos: TJ, Gran Sala, S 15 Jun. 2021. Asunto C-645/19: Facebook Ireland y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Ámbito material del Reglamento Bruselas I bis, prácticas comerciales desleales (B2C) y acciones colectivas de cesación: comentario a la STJUE MOVIC BV (C-73/19)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1074-1084.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Alcance de cláusulas de sumisión mixtas para los efectos de actos de competencia desleal en redes y contratos de distribución exclusiva: comentario del auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 728/2020, Sección 5ª. ‘Sé lo que hicisteis el último acuerdo’”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 896-912.
- R. RUIZ RODRÍGUEZ, “La acción colectiva europea y el Derecho internacional privado a raíz del escándalo Dieselgate”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 405-429.
- R. SACK, “Das erweiterte Herkunftslandprinzip und die Rechtskontrolle im Herkunftsland”, *WRP*, 67, 8, 2021, pp. 971-978.
- M. SAFJAN, “Abuso de posición dominante materializado en prácticas comerciales consideradas contrarias al Derecho de la competencia: TJ, Gran Sala, S 24 noviembre 2020. Asunto C-59/19: Wikingerhof”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 88.

- M. SAFJAN, “Lugar de materialización de un daño consistente exclusivamente en una pérdida económica para la determinación de la competencia judicial (TJ, Sala Primera, S 12 May. 2021): TJ, Sala Primera, S 12 May. 2021. Asunto C-709/19: Vereniging van Effectenbezitters”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- M. SAFJAN, “Órganos jurisdiccionales competentes para resolver sobre las acciones de indemnización derivadas de una práctica colusoria sobre los precios de venta de camiones pesados (STJ, Sala Primera, S 15 Jul. 2021, Asunto C-30/20: Volvo y otros): TJ, Sala Primera, S 15 Jul. 2021. Asunto C-30/20: Volvo y otros”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- M. SCHLEY, *Das französische Produkthaftungsrecht und die bei grenzüberschreitenden Vertragsketten im deutsch-französischen Rechtsverkehr auftretenden Probleme*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- T. SCHMIDT, *Kollisionsrechtseinheit und Sachrechtsvielfalt im Binnenmarkt: internationales Lauterkeitsrecht nach Artikel 6 Rom II-Verordnung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2021.
- J. SCHULTE, “Unionsmarke im Aufwind: Stärkung des Gerichtsstands des Art. 125 Abs. 5 UMV bei Internetdelikten: EuGH, 5.9.2019 – Rs. C-172/18 – AMS Neve Ltd. / Heritage Audio SL”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 72-77.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Persona que invoca una vulneración de sus derechos de la personalidad, resultante de la publicación de un artículo en Internet: TJ, Sala Primera, S 17 Jun. 2021. Asunto C-800/19: Mittelbayerischer Verlag KG”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 95.
- U. SOLTÉSZ, “Effet utile als Allzweckwaffe im Kartellschadensersatz: ein Vorbild für andere Rechtsbereiche?”, *EuZW*, 32, 20, 2021, pp. 869-873.
- F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME, *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2021.
- K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, “Creation of technical conditions for use or infringement: the meanders of the warehouse keeper’s liability in light of CJEU judgment C-567/18 Coty Germany”, *IIC*, 52, 3, 2021, pp. 265-282.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La responsabilidad civil del emisor frente a los inversores cualificados derivada de su folleto de salida a Bolsa: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, asunto C-910/19”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La noción de ‘producto defectuoso’ generador de la responsabilidad civil a efectos de la Directiva 85/374/CEE. Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de junio de 2021 (asunto C-65/20)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 95.
- A. TETTENBORN/J. KIMBELL, *Marsden and Gault on collisions at sea: On the law of collisions at sea*, 15ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2021.
- T. THIEDE/S. LORSCHIEDER, “International jurisdiction for investor claims based on prospectus liability following CJEU 12.9.2018, C-304/17, Löber/Barclays”, *Journal of European tort law*, 21, 1, 2021, pp. 65-81.
- C. TOADER, “Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos derivados de un ejemplar de un periódico impreso que contiene un consejo de salud inexacto (TJ, Sala Primera, S 10 Jun. 2021): TJ, Sala Primera, S 10 Jun. 2021. Asunto C-65/20: KRONE-Verlag”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 94.
- C. TOADER, “Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: ejemplar de un periódico impreso que contiene un consejo de salud inexacto: TJ, Sala Primera, S 10 Jun. 2021. Asunto C-65/20: KRONE”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 95.
- J. UNGERER, “Englischer ordre public gegen ausländische Verjährungsvorschriften – Undue hardship und dépeçage als Probleme im Foreign Limitation Periods Act – illustriert am Fall Roberts zur deutschen dreijährigen Verjährung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 298-304.
- S. USKENBAYEVA, *Produkthaftung für Software im Internet: Eine Untersuchung zur internationalen Produkthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- D.J. VERHEIJ, *Credit rating agency liability in Europe: rating the combination of EU and national law in rights of redress*, The Hague, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2021.
- K. VOLLMÖLLER, “Die kollisionsrechtliche Behandlung von Geheimnisverletzungen in Vertragsverhältnissen”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 417-424.

- L. WHYATT/H. SAUNDERS, “Servier and trucks: the English courts confirm when factual findings by the European Commission and the European courts can be relied on in domestic competition damages litigation”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 5, 2021, pp. 399-405.
- G. TE WINKEL/X.P.A. HEESCH, “The Shell judgment: a bombShell in private international law?”, *NIPR*, 39, 3, 2021, pp. 532-542.
- M. WITTLINGER, *Der internationale Lauterkeitsprozess: eine Untersuchung der internationalen Entscheidungszuständigkeit nach der Brüssel-Ia-Verordnung*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2021.
- W. WURMNEST, “Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen Zuständigkeitsrecht: zu EuGH, 24.11.2020: Rs. C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. KG ./ Booking.com BV”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 340-345.
- W. WURMNEST, “Plotting the boundary between contract and tort jurisdiction in private actions against abuses of dominance: Wikingerhof v. Booking”, *Common Market Law Review*, 58, 5, 2021, pp. 1571-1590.
- B. ZELGER, “Der Begriff des ‘Unternehmens’ im europäischen Datenschutzrecht: Vorbild europäisches Kartellrecht?”, *EuR*, 56, 4, 2021, pp. 478-493.

Insolvencia internacional

- C. ANKAOUA, “L’assimilation de l’action paulienne à une action contractuelle selon la Cour de justice de l’Union européenne”, *JDI Chonet*, 148, 3, 2021, pp. 939-958.
- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “El reconocimiento en España del *scheme of arrangement* de Derecho inglés tras el Brexit”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 70-86.
- J. BALLINA DÍAZ, “El privilegio de inmunidad estatal frente al ansia por conocer (AJM nº 1 Madrid 1 marzo 2021)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- R. BORK, “Die internationale Zuständigkeit für Tabellenfeststellungsklagen”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 683-698.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Insolvencia internacional: aspectos básicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 29-40.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado Concursal: los dos grandes modelos de solución”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 41-54.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 55-504.
- M. CAPOZZOLO, “Il centro degli interessi principali del debitore e il *forum shopping* tra regolamento (UE) 2015/848 e codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, nº 1, pp. 127-152.
- Á. 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*, 2021, nº 95.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “El Tribunal de Justicia de la UE y el Reglamento Europeo de insolvencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley*

- Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 371-392.
- E. FARNOUX, “Effets dans un autre État membre de la décision d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité principale du point de vue des pouvoirs du syndic et conformité à l’ordre public international français - Com., 16 juill. 2020, n° 17-16.200”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 595-610.
- E. GALLEGO SÁNCHEZ, “La directiva (UE) 2019/1023 para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 569-648.
- J. GLÖCKLER, *Anwendbares Recht und Anerkennung bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen in Sanierungsplanverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- I. HEREDIA CERVANTES, “Insolvencia en el sector aeronáutico: garantías internacionales y Brexit”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 92.
- J.-P. HOOS/D. SCHWARTZ/H. SCHLANDER, “Handlungsoptionen für Unternehmen: internationale Zuständigkeit und Anerkennung von präventiven Restrukturierungsverfahren”, *ZIP*, 42, 43, 2021, pp. 2214-2223.
- A. KAMPF, “Internationales Insolvenzrecht in Liechtenstein”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 200-203.
- C. KLEINDIEK, *Die Anfechtung der Eröffnungsentscheidung nach Art. 5 EuInsVO*, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH & Co. KG, 2021.
- I. KOKORIN, “Insolvency of significant non-financial enterprises: lessons from bank failures and bank resolution”, *European Business Law Review*, 32, 3, 2021, pp. 521-556.
- I. KOKORIN, “The rise of ‘group solution’ in insolvency law and bank resolution”, *European Business Organization Law Review*, 32, 4, 2021, pp. 781-811.
- I. KOKORIN/B. WESSELS, *Cross-border protocols in insolvencies of multinational enterprise groups*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2021.
- S. MADAUS/B. WESSELS, “CERIL Report 2021-1 on identifying annex actions under Article 6(1) of the European Insolvency Regulation 2015”, *DA: revue internationale du droit des affaires*, 4, 140, 2021, pp. 15-29.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El centro de intereses del deudor persona física en el Reglamento Europeo 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 974-985.
- V. MINERVINI, “Insolvency, competition, and the theory of the firm”, *European Business Law Review*, 32, 4, 2021, pp. 743-768.
- T. MORAVEC/P. VALENTA, “Legislation comment: opt-in to coordination proceeding according to the Czech insolvency law”, *European Business Law Review*, 32, 6, 2021, pp. 1125-1134.
- L. MORENO GARCÍA, “La competencia judicial para reanudar la ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la apertura de la fase de liquidación concursal (Comentario de la RDGSJFP de 9 de octubre de 2020)”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 53, 2021, pp. 339-366.
- M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “El Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia europea transfronteriza y las normas de conflicto en materia laboral: son útiles los protocolos de insolvencia internacional como mecanismos de cooperación y coordinación en el ámbito laboral?”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 52, 2021, pp. 203-252.
- C.G. PAULUS, *Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar EuInsVO*, 6ª ed., Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2021.
- C.G. PAULUS, “El proyecto alemán de un marco de reestructuración preventiva”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n° 34, 2021, pp. 283-292.
- C.G. PAULUS/B. BÄHR/P. HACKLÄNDER, “Konzernweite Restrukturierungen: Hilft das StaRUG?”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 42, 21, 2021, pp. 1085-1090.
- C.G. PAULUS/J. BERG, “Insolvenzrecht und Katastrophen: Lehren, die gezogen werden sollten”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 42, 34, 2021, pp. 1742-1748.

- C.G. PAULUS/R. DAMMANN (EDS.), *European preventive restructuring: directive (EU) 2019/1023: article-by-article commentary*, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Las normas de insolvencia en el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo aeronáutico: reflexiones sobre su interpretación autónoma y su aplicación uniforme”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, nº 4, 2021, pp. 79-108.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Normas de Derecho Internacional Privado en el Real Decreto Legislativo 1/2020 (Libro Tercero. De las normas de Derecho Internacional Privado)”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea V: Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 505-568.
- S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Los protocolos concursales en las reestructuraciones de grupos de sociedades mediante operaciones de fusión transfronteriza”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 52, 2021, pp. 177-202.
- J. RÜBBECK, *Das forum attractivum des Europäischen Insolvenzrechts: Reichweitenbestimmung des Art. 6 I EuInsVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- C. SCHLÖDER/J. PARZINGER/L. KNEBEL, “Der Restrukturierungsplan nach dem StaRUG im Lichte grenzüberschreitender Restrukturierungen: praxistaugliches Anerkennungsregime oder ein Fall für die obersten Gerichte?”, *ZIP*, 42, 20, 2021, pp. 1041-1051.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Ley aplicable al procedimiento de insolvencia en un Estado miembro en cuyo territorio se abre el procedimiento: TJ, Sala Primera, S 22 Abr. 2021. Asunto C-73/20: Oeltrans Befrachtungsgesellschaft Oeltrans Befrachtungsgesellschaft y Tankfracht GmbH son sociedades”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 95.
- B. SUJECKI, “Die Rechtsprechung des EuGH zur EuInsVO in den Jahren 2016-2020”, *RIW*, 67, 9, 2021, pp. 563-574.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/11203 sobre reestructuración e insolvencia”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 89.
- C. THOLE, “Vertrauliche Restrukturierungsverfahren: internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Anerkennung”, *ZIP*, 42, 42, 2021, pp. 2153-2162.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “Los protocolos concursales en el marco del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia: el papel de los tribunales”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 52, 2021, pp. 87-114.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “Los planes de reestructuración ingleses: competencia y eficacia fuera del Reino Unido”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, nº 2, 2021, pp. 605-614.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “The role of courts confronted with an insolvency protocol within the framework of EIR 2015/848”, en D. VATTERMOLI/S. MADAUS/F. PASQUARIELLO/A. RECALDE CASTELLS (EDS.), *Transnational protocols: a cooperative tool for managing cross-border insolvency*, Padova, CEDAM, 2021, pp. 403-436.
- E. TORRALBA MENDIOLA, “Aspectos internacionales de la protección de datos en los procedimientos de insolvencia: la posición del administrador del concurso”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 315-349.
- R.D. VRIESENDORP, “Automatic recognition of the Dutch undisclosed WHOA procedure in the European Union”, *NIPR*, 39, 1, 2021, pp. 3-17.
- A. ZENNER, “La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances et l’efficacité des procédures en matière de restructuration, d’insolvabilité et de remise de dettes: (Actes du webinaire organisé le 7 septembre 2020 par les éditions Anthemis sur: Le redressement des entreprises en difficulté, mesures existantes et projets en cours)”, *DA: revue internationale du droit des affaires*, 2, 138, 2021, pp. 25-55.

- H. ZIPPERER, “Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als Garant der grenzüberschreitenden Wirksamkeit der EuInsVO”, *ZIP*, 42, 5, 2021, pp. 231-241.
- A. ZORZI, “The Italian insolvency law reform”, *European Business Law Review*, 32, 5, 2021, pp. 935-964.

Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

- I. ANTÓN JUÁREZ, “Tutela ejecutiva y cautelar del crédito transfronterizo: el Reglamento sobre título ejecutivo europeo y el Reglamento sobre la orden europea de retención de cuentas a la luz de la jurisprudencia de TJUE”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 441-480.
- G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *L'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires: commentaire du règlement UE n° 655/2014 Belgique, France, Luxembourg*, Betrange, Legitech, 2021.
- S. FULLI-LEMAIRE, “Retour sur la notion d'inconciliabilité des décisions au sens du Règlement ‘Bruxelles I’. (Civ. 1re, 16 septembre 2020, n° 18-20.023, P+B, D. 2020. 1843; JCP 2020, 1131, obs. F. Mailhé; D. 2020. 1843)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 184-193.
- W. HAU, “Anerkennungsrechtliches Günstigkeitsprinzip und Anerkennungsverbote in Zivil- und Handelssachen”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 733-746.
- J. VON HEIN/T. KRUGER (EDS.), *Informed choices in cross-border enforcement: the European State of the art and future perspectives*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021.
- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7.
- H. JACOBS, *Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen vom 2. Juli 2019. Eine systematische und rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- B. KÖNIG, “Streitverkündung im Drittstaat und Wirkungserstreckung im Mitgliedstaat - am Beispiel Liechtenstein/Österreich”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 763-772.
- A. MALATESTA, “Circolazione delle sentenze tra Unione europea e Regno Unito: a favore di una cooperazione in seno alla Conferenza dell’Aja”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 878-897.
- A.R. MARKUS, “Grenzüberschreitende Verarrestierung von Bankkonten in der Schweiz und die EU-Kontenpfändungsverordnung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 290-298.
- C. MEILER-HANNICH, “Vorläufige Vollstreckbarkeit und Sicherungsvollstreckung bei der Europäischen Titelfreizügigkeit”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 785-802.
- J. PÉREZ FONT, “Suspensión de la ejecución de un título ejecutivo europeo tras la admisión a trámite de un recurso de apelación contra la sentencia certificada”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1028-1033.
- L.A. PÉREZ MARTÍN/A.L. MARISCAL GONZÁLEZ, “Lo cortés no quita lo valiente: el TJUE y la libre circulación de decisiones en el Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 189-216.
- F. POCAR, “Riflessioni sulla recente convenzione dell’Aja sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze straniere”, *RDIPP*, LVII, 1, 2021, pp. 5-28.
- D.A.A. REISMAN, “Breaking Bad: Fail-Safes to the Hague Judgments Convention”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 233-255.

- V. RICHARD, “Notion de litige transfrontière et conformité aux droits fondamentaux de la déjudiciarisation des procédures de recouvrement forcée - CJUE, 7 mai 2020, aff. C-267/19 et C-323/19”, *RCDIP*, 2021, pp. 128-137.
- H. ROTH, “Vollstreckungsrechtliche Probleme wegen einer im Ursprungsstaat aufgehobenen Entscheidung”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 541-544.
- S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “El Convenio de La Haya de reconocimiento y ejecución de sentencias: arquitectura y algunos problemas seleccionados”, *REDI*, LXXIII, 1, 2021, pp. 233-251.
- L. SPITZ SPILBERG, *Homologação de decisões estrangeiras no Brasil: a convenção de sentenças da conferência da Haia de 2019 e o controle indireto da jurisdição estrangeira*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2021.
- R. SPROTTE, *Unionsrechtliche Sachaufklärung de lege ferenda: Informationsbeschaffung in der Einzelzwangsvollstreckung im Lichte Europäischer Grundrechte*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- F.C. VILLATA/V. GIUGLIANO/G. MOLINARO (EDS.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia di recupero transnazionale dei crediti*, Padova, Cedam, 2021.
- M. WELLER, “Die Kontrolle der internationalen Zuständigkeit im Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 835-854.
- A. YEKINI, *The Hague Judgments Convention and Commonwealth Model Law: a pragmatic perspective*, Oxford, Hart, 2021.

Arbitraje y mediación

- M. ALMEIDA PRADO, “Réflexions sur les sentences incorrectes au fond dans l’arbitrage commercial international”, *JDI Clunet*, 148, 2, 2021, pp. 541-552.
- J.M. ALONSO PUIG, “Despejadas las dudas en orden a la seguridad jurídica del arbitraje en España y a su posición como sede internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sobre los inciertos límites al control jurisdiccional de la motivación del laudo y sobre el espaldarazo cierto del Tribunal Constitucional al arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tribunal Federal suizo decreta la anulación de laudo arbitral dictado por el TAS al apreciar parcialidad del presidente del tribunal arbitral: extensión y límites de la libertad de expresión de los árbitros en las redes sociales (Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 22 diciembre 2020)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- M.-É. ANCEL, “La loi applicable à la convention d’arbitrage au Royaume-Uni: les enseignements de l’arrêt *Enka*”, *RDIA*, nº 4, 2021, pp. 169-178.
- N. ANGELET, “The drafting of awards in Investor-State arbitration”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 271-293.
- G. ARDILA, “El Tribunal Constitucional reafirma el principio de mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- M. ARIAS NAVARRO, “El Tribunal Constitucional refuerza el principio de seguridad jurídica frente a la extralimitación de los jueces en el control de los laudos”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- L.F. AXER, *Beweisanforderungen in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS): unter besonderer Beachtung des Nachweises von Doping*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- S. AZZALI, “La neutralità dell’arbitro nell’arbitrato internazionale. Troppe ‘sfumature’ dello stesso colore”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 295-309.
- K. BALZ, "Haftung von Staatsunternehmen für Staatsschulden? Gesellschaftsrechtlicher Durchgriff vs. völkerrechtliche Organhaftung – Cour d'appel de Paris vom 5.9.2019, Nr. 18/17592", *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 390-392.
- J. BALLINA DÍAZ, "El privilegio de inmunidad estatal frente al ansia por conocer (AJM nº 1 Madrid 1 marzo 2021)", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- S. BALTHASAR, *International commercial arbitration: international conventions, country reports and comparative analysis: a handbook*, 2ª ed., München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- I.H. BEIMEL, *Independence and impartiality in international commercial arbitration: an analysis with comparative references to English, French, German, Swiss, and United States law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2021.
- G. BLANKE, "Some reflections on UK-seated competition arbitration after Brexit. (Part 1)", *European Competition Law Review*, 42, 7, 2021, pp. 347-356.
- G.B. BORN, *International arbitration: law and practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- G.B. BORN, *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, 6ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- R.A. BRAND, "Provisional measures in aid of arbitration", en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 311-339.
- J. BRETT, "EU law and procedural autonomy in international commercial arbitration", *European Review of Private Law*, 29, 4, 2021, pp. 583-610.
- G. BUTLER, "The EU's contractual relations and the arbitration clause: disputes at the Court of Justice of the European Union", *European Law Review*, 46, 3, 2021, pp. 345-363.
- J.A. CAÍNZOS, "Dos sentencias inseparables", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- J.C. CALVO CORBELLA, "Oscurecido por las nubes: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronuncia sobre la interpretación del significado del término 'tribunal arbitral': STSJ Madrid 23 octubre 2020", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- R. CANALS VAQUER, "La Sentencia Halliburton vs. Chubb de la UK Supreme Court: acerca del alcance de la obligación de 'disclosure' de los árbitros en las designaciones de carácter sucesivo y conexo (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido 27 noviembre 2020)", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- S.M. CARBONE, "Le clausole arbitrali per relationem: validità ed effetti", en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 341-356.
- D. CARREAU, "L'arbitrage transnational entre Etats et investisseurs étrangers à la croisée des chemins", en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 357-368.
- F. CASTEDO, "El 'orden público' como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- L.F. CASTRESANA SÁNCHEZ, "Una reflexión sobre la constitucionalización del arbitraje, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021", *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.

- F. DE CASTRO CARDO, “La regulación del tribunal arbitral en Emiratos Árabes Unidos: Ley Federal de Arbitraje 6/2018 vs. Shari’a”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- L.M. CAZORLA PRIETO, “Comentarios a vuelapluma de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- R. CECCON, “*Vis maior cui resisti non potest*. La forza maggiore nel commercio internazionale e nel contenzioso arbitrale”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 77-108.
- M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “Arbitraje de inversiones vs. arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso Achmea y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, nº 41.
- C. CONSOLO, “Diogene nel mondo arbitrale alla ricerca di persone intensamente giudicanti”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 369-382.
- 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*, 2021, nº 8.
- B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, “Firme afianzamiento del arbitraje en la doctrina constitucional española: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- G. CUNIBERTI, “Règlement Bruxelles Ibis et compétence internationale pour connaître (Tribunal judiciaire de Paris, 31 mars 2021, N° RG 19/00795) d’une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- V. DAI DO, “La responsabilité civile du demandeur pour le préjudice causé par une mesure provisoire ordonnée par les arbitres”, *Uniform Law Review*, 26, 1, March 2021, pp. 67-85.
- F. DASSER, “*Soft Law*” in *International Commercial Arbitration*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- Y. DAUTAJ, “Etrak v. Libya, the long story told short (Judgment of the Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Chamber of 2 November 2020)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- L.A. DIMATTEO/M. INFANTINO/N.M.-P. POTIN (Eds.), *The Cambridge handbook of judicial control of arbitral awards*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021.
- D.F. DONOVAN/R. ZAMOUR, “Arbitrating Business and Human Rights disputes: consent to arbitrate and applicable law”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 387-396.
- U. DRAETTA, “Should arbitrators decide the case as presented or as it should have been presented?”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 397-408.
- J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and Arbitrations Agreements in Contracts for the Carriage of Goods by Sea: Limitations on Party Autonomy*, Abingdon, informa law from Routledge, 2021.
- A. ERUSALIMSKY/O. VALENTÍ VIDAL, “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- G. FELD/G. SAUVAGET, “Les ‘dispute boards’: originalité, évaluation et perspectives d’un mode alternatif de règlement des différends singulier”, *JDI Clunet*, 148, 3, 2021, pp. 881-916.
- J. FERNÁNDEZ ARMESTO/A. BRIONES MARTÍN, “Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.

- A. FERNÁNDEZ PÉREZ (DIR.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Panorama de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina y el Caribe”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (DIR.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 213-255.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Laudo por acuerdo de las partes”, en F. RUÍZ RISUEÑO/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORDS.), *El Laudo arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 87-123.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La acción de anulación de los laudos recupera sus perfiles privativos”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 6.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Congruencia del laudo arbitral”, en F. RUÍZ RISUEÑO/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORDS.), *El Laudo arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 329-362.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Organización y dinámica de las deliberaciones”, en F. RUÍZ RISUEÑO/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORDS.), *El Laudo arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 197-223.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer España, S.A., 2021.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La (des)protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 5.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Tribunal Constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 6.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Variables de la práctica de designación de los árbitros por un tercero”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 7.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Emancipación del arbitraje comercial internacional del proceso ante la jurisdicción estatal”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 409-455.
- J. FERNÁNDEZ SAMANIEGO, “‘Coup de maître’ del Tribunal Constitucional en respaldo al arbitraje con sede en España: (o del ‘coup de grâce’ al elefante que teníamos en el salón)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 6.
- F. FERRARI/F. ROSENFELD, *International commercial arbitration: a comparative introduction*, Cheltenham, Elgar, 2021.
- F. FERRARI/F. ROSENFELD (EDS.), *Autonomous versus domestic concepts under the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021.
- M. FRIGO, “Dispute Settlement and Due Diligence in the International Art Trade”, *RDIA*, n° 4, 2021, pp. 81-91.
- E. GAILLARD, “Negative effect of Competence-Competence: the ultimate test of a pro-arbitration regime”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 457-487.
- L. GARCÍA DEL RÍO, “La progresiva delimitación del alcance de la acción de anulación: tres notas sobre las conclusiones que derivan de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, n° 6.
- A.C. GEORGIADES, “Energy dispute settlement after Achmea and opinion 1/17”, en *Energy arbitration and judicial dispute settlement: proceedings of the 4th Athens conference on European energy law*, Berlin, Peter Lang, 2021, pp. 81-93.
- D. GIRSBERGER/N. VOSER, *International arbitration: comparative and Swiss perspectives*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2021.

- A.C. GÖTZE, *Eilschiedsrichterverfahren in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus rechtlicher und ökonomischer Perspektive*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Wien, facultas, Zürich, Dike Verlag, 2021.
- M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 745-753.
- J.D. GONZÁLEZ TORRES, “Garantía constitucional de la autonomía de la voluntad y su consustancialidad con el arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- C. HARRIS, “Incidental determinations in proceedings under compromissory clauses”, *ICLQ*, 70, 2, 2021, pp. 417-447.
- T.C. HARTLEY, “Arbitration and the Brussels I regulation: before and after Brexit”, *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2021, pp. 53-73.
- A. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, “Deber de motivación de los árbitros: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- A.T. HILLER, *Schiedsvereinbarung und Vollstreckung in arabischen Staaten: eine Untersuchung zum Recht Ägyptens, der Vereinigten Arabischen Emirate und multilateraler Übereinkommen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- R. HINOJOSA SEGOVIA, “Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, 15 de febrero”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- K. HOBÉR, *International commercial arbitration in Sweden*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2021.
- A. HOWARD, *EU cross-border commercial mediation: listening to disputants: changing the frame, framing the changes*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- J. HUANG, “Conflicts and tentative solutions to protecting personal data in investment arbitration”, *EJIL*, 32, 4, 2021, pp. 1191-1220.
- S. HUERTA DE SOTO/F. NÚÑEZ DEL PRADO, “El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo”, *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 40, 2021, pp. 67-90.
- A. IDJERI, “El deber de revelación y la independencia del árbitro: primeras contribuciones de la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (Sentencia de la Cour d’appel de París (CCIP) de 25 febrero 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- A. IDJERI, “Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: nuevas contribuciones de la Chambre Commerciale Internationale à la Cour d’Appel de Paris”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- A. IGLESIA, “El estándar aplicable al deber de motivación del laudo bajo el art. 37.4 de la Ley de Arbitraje, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “La enmienda del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones de España y Kazajstán: primeras notas de una partitura interpretada bajo la batuta de la Unión Europea”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- J.M. JULIÀ INSENSER, “La protección de las garantías procesales en el arbitraje voluntario (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 2021, caso 5312/11 Beg Spa contra Italia)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- C. KESSEDJIAN, “The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l’arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l’homme par les entreprises”, *JDI Clunet*, 148, 1, 2021, pp. 71-88.
- S. KLEBES, *Das UNCITRAL Modellgesetz in der EU: Harmonisierung des Schiedsverfahrensrechts vor dem Hintergrund des Art. 1(2)(d) EuGVVO?*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.

- M. KOMUCZKY, *Schiedsgerichtsbarkeit und Strafrecht: Die Auswirkung von Strafnormen auf die Zuständigkeit und die meritorische Entscheidung von Handelsschiedsgerichten im grenzüberschreitenden Kontext*, Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2021.
- V. KREUSCHITZ, “Fijación de la tarifa de suministro eléctrico por decisión de un tribunal arbitral: TG, Tercera sala ampliada, S 22 Sep. 2021. Asuntos acumulados T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17: Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) / Comisión”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 96.
- A. KRYSZTOPOWICZ, *Die Europäisierung des Mediationsrechts in Polen: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG in Deutschland und Polen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- É. LOQUIN, “La soumission de l’arbitrage international à un régime protecteur du consommateur. (Civ. Ire, 30 septembre 2020, nº 18-19.241, D. 2020. 2501, note D. Mouralis; ibid. 2484, obs. T. Clay; AJ contrat 2020. 485, obs. D. Mainguy; RTD civ. 2020. 845, obs. L. Usunier; Dalloz actualités, 19 octobre 2020, 1949, obs. J. Jourdan-Marques; JCP 2020, 311, note M. de Fontmichel; JDI 2020. 1307, note E. Gaillard)”, *RCDIP*, 2021, 1, pp. 202-222.
- A. MAKHINOVA/M. SHULHA, “Título The arbitration panel ruling on Ukraine’s certain wood restrictions under the EU-UA Association Agreement”, *Global Trade and Customs Journal*, 16, 7/8, 2021, pp. 355-362.
- M.C. MALAGUTI/E. FINAZZI AGRÒ, “L’utilizzo dei Principi UNIDROIT nell’arbitrato internazionale di investimento”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 489-509.
- A. MANZANARES ENTRENA/A. BLANCO VÁZQUEZ, “Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 9 de octubre de 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- F. MARRELLA, “International Investment Arbitration and EU reform projects for appellate mechanisms: some critical remarks”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 511-531.
- S. MARTÍNEZ LAGE, “Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 que anularon sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- S. MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, “El orden público material en la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- J.R. MATA DONA/N.M. LAVRANOS (EDS.), *International arbitration and EU law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2021.
- E. MAVRANTONAKIS, *Das Verbot der révisión au fond im internationalen Handelsschiedsverfahren. Zur Bindung des staatlichen Gerichts an die schiedsgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen und zu den erforderlichen Ausnahmen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- T. MAXIAN-RUSCHE, “Abwehr rechtsmissbräuchlicher innereuropäischer Investoren-Staaten-Schiedsverfahren durch Verfahren vor deutschen Gerichten”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 494-502.
- D. MBOW, *Le secret dans l’arbitrage international: approche critique*, Paris, L’Harmattan, 2021.
- M.J. MENÉNDEZ ARIAS, “Los motivos de anulación de laudos: dudas resueltas por el Tribunal Constitucional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- J.F. MERINO MERCHÁN, “A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 de abril de 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre de 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 5.
- J.F. MERINO MERCHÁN, “Punto final al ejercicio exorbitante del control judicial del laudo: sentencia del Tribunal Constitucional 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- J. DE MIQUEL BERENQUER, “Un auténtico soplo de aire fresco para el arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.

- J. MINK, *Einstweiliger Rechtsschutz in grenzüberschreitenden Schiedsverfahren: Rahmenbedingungen, lex arbitri und anwendbares Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- J. MOHR/K. BOURAZERI, “The impact of Achmea and CETA on investment arbitration”, en *Energy arbitration and judicial dispute settlement: proceedings of the 4th Athens conference on European energy law*, Berlin, Peter Lang, 2021, pp. 15-30.
- F.J. MONTERO/Á. VILLALÓN, “La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: orden público y Convenio de Nueva York”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- R. MORBACH, *Der kartellrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- R. MORBACH, “L’ordre public en droit de la concurrence dans l’arbitrage international”, *RDIA*, nº 4, 2021, pp. 139-167.
- V. MORET MILLÁS/I. RODRÍGUEZ SASTRE/E. SEVILA, “La ciberseguridad, nuevo paradigma en el mundo del arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- M.L. MOSES, “A new framework: choosing the proper law of arbitration agreement based on the issue to be decided”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 533-568.
- L. MUCHOW, *Die Bedeutung materiell zwingenden Rechts für den Abschluss von Schiedsvereinbarungen*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- H. MUIR WATT, “La loi applicable à la convention d’arbitrage: leçon de droit anglais”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 415-420.
- F. MUNNÉ CATARINA, “Estándar de prueba en el arbitraje a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- C.M. NORIEGA LINARES, “La existencia de la cláusula arbitral y la voluntad de las partes”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 995-1005.
- C.M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequátur del laudo arbitral”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 836-847.
- L. NOTTAGE, *International commercial and investor-state arbitration: Australia and Japan in regional and global contexts*, Cheltenham, Elgar, 2021.
- G. DE NOVA, “Towards virtual arbitration?”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 383-386.
- L.V.P. DE OLIVEIRA/S. HOURANI (EDS.), *Access to justice in arbitration: concept, context and practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- D. OTTO, “(Un-)Wirksamkeit von ‘unzumutbaren’ Schiedsgerichtsvereinbarungen, zu Uber Technologies, Inc. V. Heller, Supreme Court of Canada, 2020 SCC 16”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 187-192.
- U. PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, “El Constitucional rescata la autonomía del arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- 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 11ª, 29 abril 2021)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- K. VON PAPP, *EU law and international arbitration: managing distrust through dialogue*, Oxford, Hart, 2021.
- W.W. PARK, “Decision-making in arbitration”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l’honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 569-584.

- J. PÉREZ FONT, “La elección implícita de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el *Common Law*”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 529-551.
- T. PFEIFFER, “Das Singapur-Übereinkommen und das Internationale Privat- und Prozessrecht der EU”, *IWRZ*, 6, 5, 2021, pp. 203-209.
- M. PIKA, “Schiedsvereinbarungsstatut und konkludente Rechtswahl”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 508-512.
- J.J. PINTÓ SALA, “Espaldarazo del Tribunal Constitucional al arbitraje en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- B. PIÑAR GUZMÁN, “La dirimencia por experto en el Derecho español”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- B. PIÑAR GUZMÁN, “El círculo se cerró: la motivación de los laudos arbitrales (Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- K. PLAVEC, *Auslegung von Schiedsvereinbarungen: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- F.G. PROL, “Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional relativas al orden público: una aproximación general”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- M. QUMBA, “Assessing African Regional Investment Instruments and Investor-State Dispute Settlement”, *ICLQ*, 70, 1, 2021, pp. 197-232.
- H. RAHDI, “Notes on the development of commercial arbitration in Bahrain between the 20th and 21st centuries”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 587-601.
- O. REMIEN/M. ROBERT, “Étroitement liée?: zur internationalen Zuständigkeit für die Schadensersatzklage gegen einen Schiedsrichter nach Aufhebung des Schiedsspruchs und Art. 1 Abs. 2 lit. d), 7 Abs. 1 lit. b) EuGVVO”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 585-591.
- J. REMÓN PEÑALVER, “El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- E. RIGOPOULOS, “Deference of State Courts to Arbitral Awards in Vacatur and Enforcement Proceedings”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 547-576.
- J. RISSE, *The Complete (but unofficial) Guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, 6^a ed., München, C.H.Beck, 2021.
- I. RODRÍGUEZ SASTRE, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- L.S. ROSSI, “Repercusiones para un arbitraje CNUDMI de las competencias de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en orden a las inversiones extranjeras directas y a las inversiones distintas de las directas (TJ, Gran Sala, S 2 Sep. 2021, Asunto C-741/19: República de Moldavia): TJ, Gran Sala, S 2 Sep. 2021. Asunto C-741/19: República de Moldavia”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- L.S. ROSSI, “El Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un tratado bilateral de inversión entre Estados miembros (STJ GS 26 octubre 2021, Asunto C-109/20: PL Holdings): TJ, Gran Sala, S 26 Oct. 2021. Asunto C-109/20: PL Holdings”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 97.
- Y. ROVNOV, “EU-Ukraine arbitration: will WTO law become more deferential outside the WTO?”, *Journal of World Trade*, 55, 6, 2021, pp. 969-990.
- F. RUIZ RISUEÑO, “Libertad y arbitraje, un binomio inseparable: comentarios a la STC 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- F. RUIZ RISUEÑO/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El Laudo Arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- P. SALA SÁNCHEZ, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2001, de 15 de febrero”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.

- S. SÁNCHEZ LORENZO, “La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 o qué hay de verdad en la ‘equivalencia jurisdiccional’ del arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional (STC 65/2021, de 15 de marzo)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 7.
- J.I. SANTABAYA GONZÁLEZ/P. FERNÁNDEZ, “La celebración de audiencias virtuales en el arbitraje: principales protocolos de actuación emitidos por instituciones nacionales e internacionales”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 8.
- C. DE LOS SANTOS LAGO, “Regreso a la normalidad arbitral: sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 y de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- M. SCHERER/O. JENSEN, “Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Entscheidung des UK Supreme Court in Sachen Enka v Chubb”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 177-187.
- C. SCHREUER, “Contract claims in investment treaty arbitration”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 603-624.
- K. SENDLMEIER, “Formlose Schiedsbindung Dritter – Lockerung des Freiwilligkeitserfordernisses in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit?”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 381-390.
- E. SEVILA, “La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: una clara lanza en favor del arbitraje y algunas cuestiones por aclarar”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- C. SIM, *Emergency arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- N. SOLDATI, “Il modello di terzietà dell’arbitrato nelle liti societarie: tra mito e realtà”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 625-654.
- M. STACHER, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, 2ª ed., Zürich, St. Gallen, Dike, 2021.
- K. STRUCKMANN/W. DE CATELLE, “State aid and international investment arbitration: the Micula case: taking stock in an ongoing saga”, *ERA-Forum*, 22, 1, 2021, pp. 101-117.
- P. TENT ALONSO, “‘Satis superque’, o del aparente y esperado final de una anomalía arbitral española: la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- A. TROKODI/E. CHOURMOUSIS, “The General Court’s Decision of 15 November 2018 (case T-793/14) for the annulment of the EC decision of 23 July 2014 (case S. 35980) on the capacity mechanism in the UK”, en *Energy arbitration and judicial dispute settlement: proceedings of the 4th Athens conference on European energy law*, Berlin, Peter Lang, 2021, pp. 169-178.
- A. VÁZQUEZ GUILLÉN, “Qué quería decir el Tribunal Constitucional con el ‘equivalente jurisdiccional’”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- R.M. VIDAL MONFERRER, “Con ustedes la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: ¿y ahora qué?”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 2021, nº 6.
- S. WANG, “Ten landmark judicial decisions significant to arbitration in China”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (a cura di), *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. Études en l'honneur de Giorgio Bernini. Estudios en homenaje a Giorgio Bernini*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 655-675.
- D. ZANNONI, “The Slow Erosion of the Tax Arbitrability Taboo”, *RDI*, 104, 2, 2021, pp. 469-498.
- R. ZYKOV (ED.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Russia and former USSR states*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.

Derecho de familia internacional

- A. ALVARES GARCÍA JÚNIOR, “Sustainable development goals, rule of law and public policy: implications for the traditional family model”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 934-955.
- I. AQUIRONI, “What law should apply then? The implications of the successful invocation of the public policy defence in EU private international law in family matters”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 956-970.
- R. ARENAS GARCÍA, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOS (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47-80.
- A. BENOISTEL, “La famille et les problemes de droit transitoire”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOS (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 101-128.
- C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Neue Impulse im europäischen Familienkollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- A. DURÁN AYAGO, “Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los reglamentos europeos de Derecho de familia y sucesiones”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1003-1021.
- 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”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 233-255.
- V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, “Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, nº 1, pp. 15-28.
- B. HESS, “Towards a uniform concept of habitual residence in European procedural and private international law?”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 523-542.
- A. IERMANO, “Il progressivo rafforzamento dello ‘status di nonno’ nel sistema di tutela europeo e nazionale”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, nº 1, pp. 52-76.
- U. KILKELLY/L. LUNDY/B. BYRNE (EDS.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, UK, Intersentia, 2021.
- M.A. KUCINSKI/B. HALE/M.S. COFFEE, *Family law across borders: cases and comments*, St. Paul, West Academic Publishing, 2021.
- A. LIMANTÉ, “Prorogation of jurisdiction and choice of law in EU family law: navigating through the labyrinth of rules”, *Journal of Private International Law*, 14, 2, 2021, pp. 334-360.
- M. MOYA ESCUDERO (DIR.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- N. NORD, “La circulation des actes de l’état civil au sein de l’Union Européenne”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOS (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81-100.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ, “La ciudadanía europea y el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar vinculado a ella. Notas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a estas dos cuestiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 597-630.
- G. PALAO MORENO, “Los reglamentos europeos en materia de familia: Cuestiones abiertas y problemas prácticos”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOS (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 23-46.
- T. PFEIFFER/Q.C. LOBACH/T. RAPP (EDS.), *Facilitating cross-border family life - towards a common European understanding: EUFams II and beyond*, Heidelberg, Heidelberg University Publishing, 2021.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Orden público europeo en Derecho de familia”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 305-326.
- M.J. SÁNCHEZ CANO/R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de Derecho de familia”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1070-1085.

- M. SANCHO LÓPEZ, “La creación de un nuevo orden público europeo en materia de privacidad como presupuesto para su garantía integral”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1086-1102.
- J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021.
- W. SCHRAMA, “Empowering Private Autonomy as a Means to Navigate the Patchwork of EU Regulations on Family Law”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 35-58.

Persona física

- E. ÁLVAREZ-ARMAS/A. PATO, “La (extra)territorialidad del derecho a la protección de datos: el alcance del derecho al olvido”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 177-209.
- A. DURÁN AYAGO, “El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas en la Unión Europea”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 515-543.
- M. ECHEZARRETA FERRER, “Datos personales en materia de salud: interés, inmunización/tratamiento y defensa”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 263-314.
- R. ESPINOSA CALABUIG, “Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, nº 54.
- P. FRANZINA, “Sinergie fra cooperazione giudiziaria e armonizzazione materiale e processuale in Europa: il caso delle azioni bavaglio”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 805-823.
- H.-P. MANSEL, “Staatsangehörigkeitserwerb infolge Vertrauensschutzes und Beweiswirkung des Staatsangehörigkeitsausweises”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 773-784.
- J. MARTÍNEZ CALVO/M.J. SÁNCHEZ CANO, “La tensión entre la libre autonomía de la voluntad y la protección del interés superior de la persona con discapacidad intelectual en el Derecho internacional y en el ordenamiento interno español”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 213-236.
- J. MEEUSEN, “Cross-Border Mobility of European Union Citizens and Continuity of Civil Status – Balancing National and Individual Identities in an Open Society”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 1-34.
- C. PARRA RODRÍGUEZ, “La protección de personas vulnerables en la transferencia internacional de datos a terceros países”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA (DIR.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 139-176.
- C. PARRA RODRÍGUEZ, “El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones familiares transfronterizas”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 65-88.
- E. PATAUT, “Contrôle de l’État ou protection de l’individu? Remarques sur l’effectivité de la Nationalité”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 747-772.
- S. PERRAKIS, *La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l’homme*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021.
- M. RÉVILLARD, “Mise en œuvre en France d’un mandat d’inaptitude suisse - Civ. 1^{er}, 27 janvier 2021 n° 19-15.059”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 693-702.

Matrimonio y parejas de hecho

- S. ADROHER BIOSCA, “Efectos de los matrimonios poligámicos en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 97, 784, 2021, pp. 749-777.
- M. ANDRAE, “Zur Anwendung von Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB unter Beachtung von Sinn und Zweck des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 522-527.
- M. BASAURE, “Matrimonio igualitario. Reconstrucción y posición frente a una controversia filosófica, política y jurídica”, *Alpha: revista de artes, letras y filosofía*, nº 52, 2021, pp. 111-131.
- C. BECKER, *Die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland. Verfassungsrechtliche und rechtsvergleichen-de Sicht*, Baden-Baden, Tectum, 2021.
- J. CARBAJO GONZÁLEZ, “Las indemnizaciones por incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en C. SANCIÑENA ASURMENDI (DIR.), *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 419-440.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “First dates, promesa de matrimonio y Derecho internacional privado”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 10-76.
- P. CHARRO BAENA/S. GONZÁLEZ GARCÍA, “Poligamia y pensión de viudedad: Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019”, *Revista de Derecho de la seguridad social. Laborum*, nº 26, 2021, pp. 115-124.
- D. COESTER-WALTJEN, “Überlegungen zur Reform des internationalen Privatrechts der Eheschließung”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 29-39.
- S.E. FERNÁNDEZ, “Derecho a celebrar matrimonio y personas con discapacidad: Una cuestión de autonomía y dignidad desde el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021, pp. 406-437.
- G. GARCÍA CANTERO, “Parejas de hecho: Historia, régimen y perspectivas de futuro”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021, pp. 322-379.
- D. GLUHAIA, “Inscripción del matrimonio canónico celebrado en España entre un español y una lituana residentes en el extranjero. Reflexiones sobre la resolución (16ª) de la DGRN de 14 de noviembre de 2019”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 731-738.
- U.P. GRUBER, “Überlegungen zur Reform des Kollisionsrechts der eingetragenen Lebenspartnerschaft und anderer Lebensgemeinschaften”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 39-52.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “La no autorización de matrimonio de conveniencia entre dos extranjeros. Comentario a la resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (19ª) de 10 de septiembre de 2019”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 754-760.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “La falta de una noción común de matrimonio: ¿una anomalía del Derecho internacional privado europeo?”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 129-146.
- S. MARINO, “Public policy: united in diversity... within the marriage?”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1022-1031.
- M. MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO, “Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 3, 2021, pp. 291-297.
- E. MOCHOLI, “El matrimonio de conveniencia o complacencia como problema jurídico en el fenómeno migratorio”, *Revista Razón Crítica*, nº 10, 2021, pp. 295-324.
- M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “Cross-Border (Non-)Recognition of Marriage and Registered Partnership: Free Movement and EU Private International Law”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 13-34.
- L. NORIEGA RODRÍGUEZ, “La incapacitación y el derecho a contraer matrimonio: a propósito de la Sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2018”, en A. RUDA GONZÁLEZ/C. JEREZ DELGADO (DIRS.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del IV Encuentro anual del Centro Español del European Law Institute*, Sepín, 2021.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Los ‘matrimonios de conveniencia’ en España. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de julio de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9775, 2021.

- A. DE PABLO SERRANO, “Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados”, en N. DEL ÁLAMO GÓMEZ/E.M. PICADO VALVERDE (DIRS.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III: migraciones y derechos humanos*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, pp. 815-826.
- I. PÉREZ CALVO, “Matrimonio y discapacidad. Adaptación de la normativa interna a la Convención de Nueva York: un camino prácticamente recorrido antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en M.B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (COORD.), *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 185-202.
- R. POQUET CATALÁ, “Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 243, 2021, pp. 287-314.
- M.L. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *Los efectos de los matrimonios polígamos en el ordenamiento español*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- C. SQUILLACIOTI, *El matrimonio infantil: una cuestión de género. Causas subyacentes, consecuencias, configuraciones jurídicas y estrategias de erradicación*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.
- C. VELASCO JIMÉNEZ, “Matrimonios de complacencia”, *Diario La Ley*, nº 9822, 2021.
- M. VETIS ZAGANELLI ET AL., “Matrimonio Infantil: una violación de Derechos Humanos”, *Derecho y Cambio Social*, nº 63, 2021, pp. 11-33.
- R. VICENTE ANDRÉS, “La discriminación de la etnia gitana en la pensión de viudedad, bajo el prisma de la STEDH, de 8 de diciembre de 2009 (Muñoz Diaz) y su incidencia en la jurisprudencia nacional”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2021.
- N. YASSARI/R. MICHAELS (HRSG.), *Die Frühe im Recht: Praxis, Rechtsvergleich, Kollisionsrecht, höherrangiges Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

Efectos personales del matrimonio. Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- E. BERRY, “Getting married or entering into a partnership: the patrimonial issues of choice in French law”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 15, 2021, pp. 14-23.
- A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS).
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Efectos personales del matrimonio: La aldea irreductible del Derecho internacional privado”, en C. SANCIÑENA ASURMENDI (DIR.), *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 559-578.
- A. CZUBAIKO, “Das Verhältnis der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) zur Europäischen Güterrechtsverordnung (EuGüVO)”, *GPR*, 18, 3, 2021, pp. 107-115.
- A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “La relación entre los reglamentos Parejas: (UE) 2016/1103 y 2016/1104 y el reglamento Sucesiones: (UE) n° 650/2012”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 177-206.
- A. FERRANTE, “Responsabilidad y uniones fuera del matrimonio: Aspectos comparativos y realidad italiana”, en C. SANCIÑENA ASURMENDI (DIR.), *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 643-656.
- S. FULLI-LEMAIRE, “Mise en œuvre de l'accord procédural et détermination de la loi applicable au régime matrimonial - Civ. 1^{re}, 10 févr. 2021, n° 19-17.028”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 837-850.
- R. DE GOURCY, “The Legislative ‘dépeçage’ of the Surviving Spouse’s Patrimonial Status in the Light of the Latest European Union Regulations”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 449-472.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

- E. KAVOLIUNAITE, “Los reglamentos gemelos: Evolución y medidas adoptadas”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 25, 2021, pp. 21-32.
- D. LOOSCHELDERS, “Grenzüberschreitende Durchsetzung von Vereinbarungen über eine Morgengabe und Anerkennung familiengerichtlicher Entscheidungen im deutsch-iranischen Rechtsverkehr”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 527-531.
- N. MAGALLÓN ELOSEGUI, “El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 31-64.
- G. MORENO CORDERO, “La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge superviviente”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 237-268.
- A. PAÑOS PÉREZ, “Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 440-471.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “El proceso de elaboración normativa en la Unión Europea: A propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSO (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147-176.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Retroactividad de las capitulaciones matrimoniales al momento de celebración del matrimonio. Comentario de la SAP de Murcia, de 23 abril 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1062-1073.
- A. SANDERS, “EU Formalities for Matrimonial Property Agreements and their Effects on German Family Law: Calling the Bluff?”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 79-100.
- H. THUIS, “The Franco-German common optional matrimonial property regime: a guide for future European harmonization”, *European Review of Private Law*, 29, 3, 2021, pp. 489-516.
- A. ZAHN, *Der Schutz Dritter vor den Außenwirkungen ausländischer Güterstände: eine Untersuchung zu den europäischen Güterrechtsverordnungen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2021.

Crisis matrimoniales

- E. D’ALESSANDRO, “The Impact of Private Divorces on EU Private International Law”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 59-78.
- C. CAMPIGLIO, “Conflitti positivi e negativi di giurisdizione in materia matrimoniale (Positive and Negative Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Matters)”, *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 497-532.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, “La aplicación del Reglamento 2201/2003 por el Tribunal Supremo: Respuestas a cuestiones problemáticas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSO (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 269-292.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 741-754.
- J.M. CARRUTHERS, “Your place or mine? Jurisdiction in matrimonial and related proceedings - a Scottish perspective”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSO (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 207-236.
- 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*, 13, 2, 2021, pp. 704-713.

- E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 217-247.
- J. GOMES DE ALMEIDA, “O favor divortii e os seus limites no Regulamento Roma III: comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de julho de 2020, je contra KF, C-249/19, EU:C:2020:570”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 874-886.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Choice of court and residual jurisdiction in divorce: a plea for reform that is not expected any time soon?”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 701-713.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre (‘Roma III’)”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 323-346.
- G. KESSLER, “The Individualization of the International Public Policy Exception – A New Proposal for the Recognition of Muslim Divorces in France by the *Cour de Cassation*”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 435-448.
- M.F. KRAMME, “Private divorce in light of the recast of the Brussels Ibis Regulation”, *GPR*, 18, 3, 2021, pp. 101-106.
- V. LAZIĆ, “Recognition and enforcement of decisions in the revised Brussels Ibis Regulation”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 729-748.
- R. LEGENDRE, “À propos de l’application du Règlement Bruxelles II bis dans les relations avec les États tiers (Civ. 1re, 24 juin 2020, n° 19-11.714 et 19-11.870, D. 2020. 1409 ; AJ fam. 2020. 533, obs. A. Boiché; Dalloz actualités 24 juillet 2020, obs. F. Molins ; Dr. fam. 2020, comm. 155, A. Devers ; JCP. 2020. 850, obs. M. Farge)”, *RCDIP*, 2021, pp. 146-156.
- N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 460-492.
- G. MORENO CORDERO, “Las diferencias materiales y su impacto en divorcios transfronterizos. Tensiones entre el orden público internacional estatal y el orden público europeo”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1047-1069.
- M.-L. NIBOYET, “Les répudiations musulmanes à nouveau sur la sellette ? - Civ. 1^{re}, 17 mars 2021, n° 20-14.506”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 662-672.
- 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)”, *Diario La Ley*, n° 9794, 2021.
- F. PESCE, “La corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 552-573.
- E. RALSER, “Des effets en France d’un divorce par consentement mutuel prononcé au Maroc hors la présence de l’un des époux”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 401-415.
- F. RIELÄNDER, Die Verdrängung der scheidungsfeindlichen lex causae durch die lex fori kraft Art. 10 Var. 1 Rom III-VO”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 159-164.
- F. SALERNO, “Il diritto giurisprudenziale in materia di assegno di mantenimento nello scioglimento del matrimonio e dell’ unione civile”, *Rivista di diritto civile*, 67, 1, 2021, pp. 187-203.
- A.P. SCHWEINBACH/D. CARRIZO AGUADO, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 518-549.
- K. TRIMMINGS/K. KALAITSOGLU, “International Family Law in the United Kingdom beyond Brexit – Focus on Matrimonial Matters and Habitual Residence of the Child”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 77-94.
- L. USUNIER, “Conformité d’un jugement étranger de divorce à l’ordre public international de fond et de procédure - Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 18-20.691”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 887-904.

- M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Sentencia de divorcio marroquí, reconocimiento y cosa juzgada. Comentario al Auto AP de Barcelona de 1 de julio 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1113-1122.
- La cooperación reforzada en derecho aplicable a la separación y el divorcio: El reglamento Roma III. Diez años de aplicación
- J.M. VELASCO RETAMOSA, “La cooperación reforzada en Derecho aplicable a la separación y el divorcio: El reglamento Roma III. Diez años de aplicación”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 293-322.

Filiación natural

- D. ACHILLE, “Profili della filiazione nelle famiglie poligamiche”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 629-642.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”, *Revista de Derecho Civil*, 8, 2, 2021, pp. 193-219.
- I. AQUIRONI, “L’omogenitorialità tra aspirazione e diritto – note a margine della Sentenza n. 230/2020 della Corte Costituzionale”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 77-93.
- T. AULETTA, “L’incidenza dell’interesse del minore nella costituzione e rimozione dello stato filiale”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 523-610.
- Y.B. BUSTOS MORENO/V. MÚRTULA LAFUENTE (COORD.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Dykinson, 2021.
- E. CARIDE, “La prohibición de la maternidad subrogada, ¿resulta incoherente con nuestro orden público internacional?”, *Prudentia iuris*, nº 92, 2021, pp. 185-220.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 971-1002.
- J.K. CHULANI RAYMOND, “La situación jurídica de la gestación por sustitución en España”, *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 38, 2021, pp. 81-104.
- A. DAVÌ/A. ZANOBBETTI, “Omogenitorialità e continuità internazionale degli status”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 761-774.
- A. DI BLASE, “La genitorialità della coppia di sesso femminile in tre recenti sentenze della Corte di cassazione”, *RDI*, 104, 4, 2021, pp. 1108-1114.
- A. DI BLASE, “Genitorialità di coppie dello stesso sesso e riconoscimento della filiazione ottenuta mediante procreazione medicalmente assistita”, en A. ANNONI/S. FORLATI/P. FRANZINA (A CURA DI)/I. AQUIRONI (COLLABORAZIONE), *Il diritto internazionale come sistema di valori: scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, Jovene editore, 2021, pp. 775-792.
- A. DI BLASE, “Genitorialità della coppia omosessuale e riconoscimento dello status filiationis nell’ordinamento italiano”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 821-843.
- E. GIACOBBE, “Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 695-728.
- B. GÓMEZ BENGOCHEA, “Anonimato del donante, conocimiento del propio origen y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad civil*, nº 4, 2021.
- N. GONZÁLEZ MARTÍN (ED. LIT.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de Derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.
- R. LEGENDRE, “L’ancrage du contrôle de proportionnalité en droit international privé de la famille - Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, nº 19-15.783”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 859-872.
- G. LUCCIOLI, “La maternità surrogata e l’interesse del minore”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 69-84.

- E. LUCCHINI GUASTALLA, “Maternità surrogata e tutela del minore: quale il best interest of the child?”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 729-744.
- E.M. MAGRONE, “Pluralità di fonti per la tutela di un minore straniero presente in Italia e necessità di un loro coordinamento”, *RDIPP*, LVII, 4, 2021, pp. 932-950.
- E. MAZZILLI, “Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 1032-1046.
- D. MORENO ROBLES, “Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 43, 2021, pp. 79-117.
- N. OCHOA RUIZ, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2021.
- E. DEL PRATO/D. BUZZELLI/M. PALAZZO, *Procreazione e filiazione: nuovi itinerari*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.
- G. PUMA, “Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell’ordinamento italiano”, *RDI*, 104, 3, 2021, pp. 841-859.
- F. RIELÄNDER, “Widersprüchliche Vaterschaftszuweisungen im Internationalen Abstammungsrecht: Vaterschaftsvermutung kraft nachwirkender Ehe vs. pränatale Vaterschaftsanerkennung”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 249-257.
- C. RUIZ SUTIL, “Las situaciones claudicantes de filiación del iberoamericano de origen y su impacto en la doble nacionalidad”, en M. MOYA ESCUDERO (DIR.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 128-183
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “Reflexiones prácticas sobre la competencia judicial internacional y la filiación”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1095-1105.
- J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: problemas y perspectivas”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 745-760.
- S. VILAR GONZÁLEZ, “Falta de legitimación activa en impugnación de filiación no matrimonial: comen-tario a la sentencia 288/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de mayo de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1132-1137.

Adopción internacional

- S. ADROHER BIOSCA, “Kafala y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 694-701.
- C. VON BARY, “Anerkennung einer ausländischen Volljährigenadoption”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 537-541.
- C. BUDZIKIEWICZ, “La réforme du droit de l’adoption internationale en Allemagne”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 361-369.
- I. CASANUEVA SÁNCHEZ, “La problemática para el derecho civil de la aplicación del reconocimiento internacional de las adopciones por parejas homosexuales desde el punto de vista del derecho comparado de los sistemas civilístico y angloamericano”, *Pensamiento jurídico*, nº 53, 2021, pp. 173-209.
- A. DURÁN AYAGO, “Certificado de idoneidad y consentimiento de la entidad pública española. A propósito de la denegación de inscripción en el Registro Civil de una adopción constituida en Portugal [RDGRN (2ª) de 3 de octubre de 2019]”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 724-730.
- 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 (auto de la AP de Cádiz [sección 5ª] de 27 de noviembre de 2021)”, *CDT*, 13, 2, 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”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 939-965.

- G. PUMA, “Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell’ordinamento italiano”, *RDI*, 104, 3, 2021, pp. 841-859.
- M. RICCA, “The best interest of the child ‘to be or not to be adopted’. Intercountry Adoptions, intercultural Discriminations”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 1199-1260.
- R. SÜSS/G. RING, *Eherecht in Europa: mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption*, 4ª ed., Bonn, Zerb Verlag, 2021.

Protección de menores

- S. ADROHER BIOSCA, “Kafala y adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 694-701.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 92.
- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “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*, 13, 2, 2021, pp. 595-603.
- M. ANDRAE, “Noch einmal: Zur internationalen Zuständigkeit bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat des KSÜ”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 153-155.
- R. ARENAS GARCÍA, “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 94-115.
- G. BIAGIONI/L. CARPANETO, “Children under Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 139-154.
- O. BOBRZYŃSKA, “Brussels II ter regulation and the 1996 Hague Convention on child protection: the interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 593-616.
- K. BOELE-WOELKI, “Un modello europeo per l’armonizzazione della legge sulla responsabilità genitoriale”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 11-34.
- V. BUMBACA, “Remarks on the judgment of the US Supreme Court ‘Monasky v. Taglieri’”, *IPRax*, 41, 2, 2021, pp. 192-198.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS y MCP”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 639-648.
- 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”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 87-109.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, “La aplicación del Reglamento 2201/2003 por el Tribunal Supremo: Respuestas a cuestiones problemáticas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 269-292.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, “La elección de órgano jurisdiccional para la adopción de medidas de protección de niños y niñas en la UE: análisis de las novedades que introduce el Reglamento 2019/1111”, en F.J. DURÁN RUIZ/J. CUESTA REVILLA/A. NAVARRO ORTEGA (COORD.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 155-163.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 237-268.

- E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- C. CHALAS, “La convention de La Haye du 25 octobre 1980 à l’épreuve de l’enlèvement international d’enfants franco-japonais”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 799-814.
- M.C. CHÉLIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación de ciudadanos de la UE, en el contexto de la sustracción internacional de menores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre 2020, Asunto C-454/19)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 88.
- A. COLLO, *Muslimische Migrantenfamilien im deutschen Sorge- und Umgangsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 134-152.
- S. CORNELOUP, “Demande de retour d’un enfant enlevé et principe de non-refoulement des réfugiés: lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 773-787.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “La sustracción internacional de menores ante el juez: A vueltas con la racionalidad del Convenio de la Haya de 1980 y la ponderación”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-346.
- F. DI GIANNI, “Il ‘Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo’ e la protezione dei minori migranti”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n° 2, pp. 95-123.
- 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*, 13, 1, 2021, pp. 825-831.
- A. EMON/U. KHALIQ, *Jurisdictional exceptionalisms: Islamic law, international law, and parental child abduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- C. ESPLUGUES MOTA, “El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 132-173.
- C. FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- F. GASCÓN INCHAUSTI/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*, XII, 4, 2021, pp. 617-640.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “What’s New in Regulation (EU) No 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 95-116.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Competencia judicial internacional ante un caso de sustracción internacional de menores de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero: la STJUE de 24 de marzo de 2021”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 55, 2021, pp. 229-244.
- N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Mediación y excepción de grave riesgo en casos de sustracción internacional parental de menores en tiempos de COVID-19”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, n° 8, 2021, pp. 73-83.
- B. GÓRRIZ GÓMEZ, “Extranjeros Menores no acompañados: Decisión de retorno: Necesidad de acogida adecuada en el estado de retorno (STJUE de 14 de enero de 2021)”, *Diario La Ley*, n° 9843, 2021.
- 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 (auto de la AP de Cádiz [sección 5ª] de 27 de noviembre de 2021)”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 778-783.
- K. JÜRIMÄE, “Imputación penal referida específicamente a la sustracción internacional de menores: TJ, Sala Cuarta, S 19 Nov. 2020. Asunto C-454/19: Staatsanwaltschaft Heilbronn”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 88.
- V. LAZIĆ/I. PRETELLI, “Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 155-182.

- R. LEGENDRE, “À propos de l’application du Règlement Bruxelles II bis dans les relations avec les États tiers (Civ. Ire, 24 juin 2020, n° 19-11.714 et 19-11.870, D. 2020. 1409 ; AJ fam. 2020. 533, obs. A. Boiché; Dalloz actualités 24 juillet 2020, obs. F. Molins ; Dr. fam. 2020, comm. 155, A. Devers ; JCP. 2020. 850, obs. M. Farge)”, *RCDIP*, 2021, pp. 146-156.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 966-973.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Indemnizaciones de los daños producidos a uno de los progenitores en los casos de sustracción internacional de menores: Especial mención al mediático caso de dña. Juana Rivas”, en C. SANCIÑENA ASURMENDI (DIR.), *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 721-736.
- P. LORTIE, “The Hague 1996 Child Protection and 1980 Child Abduction Conventions compared with the Brussels II ter Regulation”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 670-700.
- M.A. LUPOI, “Between parties’ consent and judicial discretion: joinder of claims and transfer of cases in Regulation (EU) 2019/1111”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 543-562.
- C. LYCOURGOS, “Consideración del interés superior del niño al adoptar la decisión de retorno, acompañada de una prohibición de entrada, del padre de un menor: TJ, Sala Décima, S 11 Mar. 2021. Asunto C 112/20: M.A.”, *La Ley Unión Europea*, 2021, n° 91.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 819-828.
- N. MARCHAL ESCALONA, “El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos internacionales de violencia de género”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 89-109.
- M.A. MARTÍN HUERTAS, “El Convenio de la Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 1307-1342.
- D. MARTINY, “New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases”, *Polski Proces Cywilny*, XII, 4, 2021, pp. 501-522.
- M. MEDINA ORTEGA, “Los menores no acompañados en la regulación de la inmigración por la Unión Europea”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 359-373.
- P. MELGAREJO CORDÓN, “El desconocimiento del sistema de fuentes en Derecho internacional privado respecto la competencia judicial internacional a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 829-835.
- M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 117-138.
- X. ORBEGOZO, “Imposibilidad de privar de potestad parental a los padres biológicos en virtud de una kafala en España (SAP Barcelona 11 junio 2020)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1006-1012.
- 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*, 13, 2, 2021, pp. 848-854.
- M. ORLANDI, *La kafāla di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2021.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Protección de los MENA al alcanzar la mayoría de edad: incumplimiento de España de sus obligaciones internacionales y alcance de la reforma del Reglamento de Extranjería”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 375-404.
- A. PITRONE, “La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo?”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n° 1, pp. 29-51.
- M. PÓLTORAK/I. TOPA, *Women, children and (other) vulnerable groups: standards of protection and challenges for international law*, Berlin, Peter Lang, 2021.
- A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Intereses diplomáticos y migratorios en la protección del menor del s. XXI: El menor en kafala ante los tribunales después de la reforma de la ley de adopción internacional (2015)”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar interna-*

- cional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 393-424.
- E. REGAN, “Competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para la reubicación de un menor en un tercer Estado donde ha adquirido la residencia habitual: TJ, Sala Quinta, S 24 Mar. 2021. Asunto C-603/20 PPU: MCP”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 92.
- M.G. RUO, “Genitore (e nonno) sociale. Diritti e tutele nell’interesse della persona di età minore? Il cammino della giurisprudenza interna ed europea”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 1153-1180.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones que plantea la modificación, en España, de las medidas de guarda y custodia adoptadas por tribunales extranjeros a la luz del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2020”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1085-1094.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La restitución de menores retenidos ilícitamente en España y la excepción de grave riesgo a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 498-517.
- M. SAFJAN, “Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, un Estado miembro debe comprobar que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor: TJ, Sala Primera, S 14 Ene. 2021. Asunto C-441/19: Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d’un mineur non accompagné)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 90.
- G. SALAMÉ/G. KESSLER, “Séparation parentale et déménagement international de l’enfant”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 563-594.
- 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*, 13, 2, 2021, pp. 913-924.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 249-263.
- L. SCAFFIDI RUNCHELLA, “Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto all’immagine e protezione dei dati personali”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, nº 3, pp. 282-315.
- O. SZEIBERT-ERDÖS, “Jurisdictional rules and the child’s best interests in the Brussels IIA Regulation and its Recast in the light of the CRC’s child-focused approach”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 714-728.
- M. TAFÀ, “La sottrazione internazionale del minore e i problemi psicologici relativi alla stabilità affettiva e territoriale”, en M. BIANCA (DIR.), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 1361-1378.
- K. THORN/K. VARÓN ROMERO, “Kollisionsrecht in der Twilight Zone - Zur Reform des Internationalen Privatrechts der Fürsorgeverhältnisse”, *IPRax*, 41, 1, 2021, pp. 15-28.
- K. TRIMMINGS/K. KALAITSOGLU, “International Family Law in the United Kingdom beyond Brexit – Focus on Matrimonial Matters and Habitual Residence of the Child”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 77-94.
- M. ŽUPAN/C. HOEHN/U. KLUTH, “Central Authority Cooperation under the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 183-200.

Alimentos

- M. ANDRAE, “HUP: nachehelicher Unterhalt bei langem nichtehelichen Zusammenleben vor Eheschließung”, *IPRax*, 41, 6, 2021, pp. 531-536.
- L.F. CARRILLO POZO, “Caducidad del título extranjero y prescripción de la acción en materia de obligación de alimentos. Comentario al AAP de Lérida (sección 2) núm. 203/2020 de 13 octubre 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 693-703.

- E. CASTELLANOS RUIZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho de alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 347-369.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 237-268.
- E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia para conocer de una demanda de oposición a la ejecución de una resolución extranjera sobre alimentos: a propósito de la Sentencia del TJUE 4 de junio de 2020, FX C. Gz, C-41/19”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 785-798.
- G. EHGARTNER/M. UITZ, “Scheinvaterregress im IPR: Qualifikationsfragen im Internationalen Unterhalts-, Bereicherungs- und Schadenersatzrecht”, *ZfRV*, 62, 4, 2021, pp. 170-189.
- M. DEL A. IGLESIAS VÁZQUEZ, “Exequatur, nulidad de actuaciones e indefensión... y otras cuestiones no menos relevantes (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2020)”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 925-930.
- N. MARCHAL ESCALONA, “El progresivo avance de la nacionalidad en materia alimenticia”, en M. MOYA ESCUDERO (DIR.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 363-404.
- S. MARINO, “La scissione fra creditore e foro del creditore nelle obbligazioni alimentari. Osservazioni a margine della sentenza WV della Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 986-994.
- P. MELGAREJO CORDÓN, “El desconocimiento del sistema de fuentes en Derecho internacional privado respecto la competencia judicial internacional a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 829-835.
- G. PAYAN, “Espace judiciaire européen en matière civile: Obligations alimentaires: compétence juridictionnelle et recours subrogatoire d’un organisme public: (CJUE, 3e ch., 17 sept. 2020, aff. C-540/19, WV c/ Landkreis Harburg; D. actu. 9 oct. 2020, obs. F. Mélin; D. 2020. 1798; Europe 2020. Comm. 371, obs. L. Idot)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, 2021, pp. 407-414.
- S. RECUENCO PÉREZ, “SAP Valencia 25 de mayo 2020. La ignorancia del reconocimiento automático de resoluciones en materia de derecho de alimentos europeo. Una resolución paralela”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1053-1061.
- G. RICCIARDI, “Le corti tedesche ed il Regolamento (CE) n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 608-628.
- F. RIELÄNDER, “Die Wahlfreiheit zwischen den Aufenthaltszuständigkeiten nach Art. 3 lit. a und b EuUntVO im Unterhaltsregressverfahren: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.9.2020: C-540/19, WV/ Landkreis Harburg”, *GPR*, 18, 1, 2021, pp. 33-42.
- A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “Os beneficiários da opção de recorrer ao foro da residência habitual do credor no regulamento sobre obrigações de alimentos – a inversão da jurisprudência no caso WV contra Landkreis Hamburg”, *CDT*, 13, 1, 2021, pp. 1106-1112.
- J. WOLBER, “Die internationale Zuständigkeit für den Vollstreckungsabwehrantrag im europäischen Unterhaltsrecht”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 450-453.

Sucesión mortis causa

- J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Universitat de València, Publicacions PUV, 2021.

- I. ANTÓN JUÁREZ, “La validez de las copias de un certificado sucesorio europeo: cuestiones prácticas para su circulación efectiva entre estados miembros. Análisis de la sentencia del TJUE de 1 de julio de 2021, C-301/2020, UE y HC C. Vorarlberger Landes”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 604-611.
- M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2021.
- R. DE BARROS FRITZ, “Die kollisionsrechtliche Behandlung von trusts im Zusammenhang mit der EuErbVO”, *RabelsZ*, 85, 3, 2021, pp. 620-652.
- E. BEYER, “Anmerkung zu EuGH v. 16.7.2020: C-80/19 - E.E.”, *GPR*, 18, 2, 2021, pp. 86-91.
- L.F. 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*, 13, 1, 2021, pp. 755-766.
- C. CHALAS, “Le juge est-il tenu de relever d’office sa compétence subsidiaire en vertu du règlement européen successions ? - Civ. 1re 18 nov. 2020. n° 19-15.438”, *RCDIP*, 2021, 3, pp. 616-630.
- A. CZUBAIKO, “Das Verhältnis der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) zur Europäischen Güterrechtsverordnung (EuGüVO)”, *GPR*, 18, 3, 2021, pp. 107-115.
- A. DUTTA, “Europäisches Nachlasszeugnis auch für Nachlassinsolvenzverwalter”, *IPRax*, 41, 5, 2021, pp. 455-458.
- A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Internationales Erbrecht: EuErbVO, Erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2021.
- F. EICHEL, “Der ‘funktionsarme Aufenthalt’ und die internationale Zuständigkeit für Erbscheinverfahren”, *RabelsZ*, 85, 1, 2021, pp. 76-105.
- A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “La relación entre los reglamentos Parejas: (UE) 2016/1103 y 2016/1104 y el reglamento Sucesiones: (UE) n° 650/2012”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 177-206.
- E. FONGARO, “Du caractère mobilier de l’action en réduction d’une donation immobilière - Civ. 1^{re}, 14 avr. 2021, n° 19-24.773”, *RCDIP*, 2021, 4, pp. 904-911.
- E. GOOSSENS, “The Impact of the European Certificate of Succession on National Law: A Trojan Horse or Much Ado about Nothing?”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 157-180.
- R. DE GOURCY, “The Legislative ‘dépeçage’ of the Surviving Spouse’s Patrimonial Status in the Light of the Latest European Union Regulations”, *Yearbook of Private International Law*, XXII, 2020/2021, pp. 449-472.
- J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Cambridge, Intersentia, 2021.
- E. GUBENKO, *Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachstatut in der EuErbVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- D.T. HUYNH, *Internationale Nachlassabwicklung im Lichte des Europäischen Nachlasszeugnisses. Zugleich eine rechtsvergleichende Betrachtung zu den Erbnachweisen im deutschen, österreichischen und europäischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.
- F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, “Extranjeros y Derechos forales: comentario a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020”, *CDT*, 13, 2, 2021, pp. 784-788.
- N. JOUBERT, “Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode?”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 322-332.
- A. JUNKER, “Die Dogmatik der Aufenthaltzuständigkeit nach der Europäischen Erbrechtsverordnung”, en C. ALTHAMMER/C. SCHÄRTL (HRSG.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 747-762.
- P. LAGARDE, “Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 291-295.
- D. LE GRAND DE BELLEROCHÉ, “Contre le retour du droit de prélèvement en droit français: une vue de la pratique du droit international”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 303-309.

- R. MAGNUS, “A German Perspective on the Impact of EU Private International Law on National Succession Law”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 181-194.
- M. MAKOWSKY, “Richtigkeitsvermutung des Europäischen Nachlasszeugnisses bei Zuweisung von Grundeigentum an einen Miterben”, *IPRax*, 41, 3, 2021, pp. 257-261.
- F.M. MARIÑO PARDO, “Certificado sucesorio europeo. Eficacia temporal de las copias auténticas y eficacia respecto de las personas en él designadas (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2021, C-301/20, UE, HC y Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- P. VAN MEEGEN, *Das gemeinschaftliche Testament im europäischen Kontext: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Zulässigkeit und Bindung gemeinschaftlicher Testamente mit besonderer Berücksichtigung von Deutschland, Österreich und der EuErbVO*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2021.
- A. MERCHÁN MURILLO, “La sucesión digital internacional y el Reglamento sucesorio europeo 650/2012”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 327-357.
- G. MORENO CORDERO, “La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge superviviente”, *AEDIPr*, XXI, 2021, pp. 237-268.
- H. MUIR WATT/D. BUREAU/S. CORNELOUP, “Devoir de réserve?”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 287-289.
- C.F. NORDMEIER, “Die Ausschlagung der Erbschaft nach Art. 13 EuErbVO und § 31 IntErbRVG in Fällen mit Drittstaatenbezug”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 345-352.
- M. PAZDAN/M. ZACHARIASIEWICZ, “The EU succession regulation: achievements, ambiguities, and challenges for the future”, *Journal of Private International Law*, 14, 1, 2021, pp. 74-113.
- C. PÉRÈS, “Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 296-302.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “La labor pasada y futura del TJUE en la búsqueda de la aplicación autónoma y uniforme del Reglamento (UE) de sucesiones”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 55, 2021, pp. 99-146.
- W. PINTENS, “Did Substantive National Succession Laws have an Impact on the EU Succession Regulation?”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 123-138.
- P. QUINZÁ REDONDO, “Regulation (EU) 650/2012 and Territorial Conflicts of Laws in Spain”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 213-230.
- S. RAMACIOTTI, “Le prélèvement compensatoire du projet d’article 913 du code civil à l’épreuve des exigences européennes et constitutionnelles”, *RCDIP*, 2021, 2, pp. 310-321.
- L. RASS-MASSON, “The Impact of European Private International Law and the *réserve héréditaire* in France”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 195-212.
- O. REMIEN/M. ROBERT, “Die Europäische Erbrechtsverordnung und die vielen Fragen der europäischen Rechtsprechung: fünf Jahre nach Inkrafttreten”, *IPRax*, 41, 4, 2021, pp. 329-340.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de ley aplicable (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, Asunto C-277/20: UM)”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- C. TOADER, “Validez de una copia auténtica de un certificado sucesorio europeo sin fecha de expiración. TJ, Sala Sexta, S 1 Jul. 2021: Asunto C-301/20: UE, HC y Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.

- C. TOADER, “Ley aplicable a un contrato por el que se transmite la propiedad mortis causa. TJ, Sala Primera, S 9 Sep. 2021: Asunto C-277/20: UM”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- C. TOADER, “Control por parte del tribunal al que se somete un asunto sucesorio en segundo lugar. TJ, Sala Sexta, S 9 Sep. 2021: Asunto C-422/20: RK y CR”, *La Ley Unión Europea*, 2021, nº 98.
- E. VASSILAKAKIS, “Der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht nach den Art 5 ff und 22 EuErbVO”, *ZfRV*, 62, 2, 2021, pp. 67-75.
- J.H. WEISCHEDE, *Die Gesellschafternachfolge von Todes wegen unter der EuErbVO*, Tübingen, Mohr Siebeck 2021.
- D. WIEDEMANN, “Understanding and Interpreting the Succession Regulation through its National Origins”, en J.M. SCHERPE/E. BARGELLI (EDS.), *The interaction between family law, succession law and private international law: adapting to change*, Cambridge, United Kingdom, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2021, pp. 139-156.
- A. YBARRA BORES, *La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
- A. YBARRA BORES, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 393-418.
- R. ZIMMERMANN, “Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen”, *RabelsZ*, 85, 1, 2021, pp. 1-75.

Técnicas de enseñanza del Derecho internacional privado

Teaching techniques and Private International Law

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 26.06.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7216

Resumen: El presente trabajo constituye una reflexión sobre las líneas básicas de las técnicas docentes para la enseñanza del Derecho internacional privado en el contexto líquido de la sociedad del siglo XXI. El docente de Derecho internacional privado debe asumir que esta disciplina se entiende mejor con técnicas especializadas de docencia que combinan la clase magistral con otras estrategias auxiliares. En tal sentido, el Derecho internacional privado se percibe por los estudiantes como un saber que resuelve problemas suscitados en la sociedad internacional del siglo XXI.

Palabras clave: Enseñanza del Derecho, Derecho internacional privado, clase magistral, seminarios, clase práctica.

Abstract: The present work contains a reflection on the basic lines of the techniques for the teaching of Private International Law in the liquid context of the 21st century society. Professors of Private International Law must assume that this discipline is better understood with specialized teaching techniques that combine the master class with other auxiliary strategies. In this sense, private international law is perceived by students as knowledge that solves problems arising in the international society of the 21st century.

Keywords: Teaching of Law, private international law, master class, seminars, practical class, method-case.

Sumario: I. Introducción. II. La clase magistral de Derecho internacional privado. 1. Aspectos generales. 2. Clase magistral activa. 3. Clase magistral dinámica. 4. Clase magistral participativa. 5. Presupuestos instrumentales para una clase magistral adecuada. Delenda est power point. III. La clase práctica. 1. La clase práctica anglosajona. De los *Commentaries on the Law of England* al método del caso (*Harvard case method*). 2. La clase práctica continental. La resolución de supuestos prácticos por los estudiantes. IV. Seminarios especializados. V. Enseñanza universitaria a distancia reglada y no reglada. 1. Aspectos positivos de la enseñanza a distancia. 2. Aspectos negativos de la enseñanza a distancia. VI. Actividades externas. VII. *Role playing*. VIII. Enseñanza personalizada e investigaciones individuales. IX. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El Derecho internacional privado constituye, en la actualidad, un sector del Derecho de importancia innegable y creciente. La utilidad social del Derecho internacional privado en el siglo XXI es evidente. Ello aconseja desarrollar un esfuerzo lleno de energía para poder transmitir la importancia

del Derecho internacional privado para la sociedad en los procesos de enseñanza del mismo. En dicho contexto, parece adecuado enseñar el Derecho internacional privado mediante distintas técnicas de enseñanza bien combinadas entre sí. Técnicas que, en todo caso, deben ser propias del Derecho internacional privado, esto es, deben estar encuadradas en la autonomía didáctica y docente de este sector del Derecho, como ha precisado la doctrina desde hace décadas¹.

II. La clase magistral de Derecho internacional privado

1. Aspectos generales

2. La clase teórica o lección magistral, predominante en las facultades universitarias occidentales de ámbito clásico, es todavía hoy, subraya J.E.J.TH. DEELEN, el elemento básico sobre el que gira el conjunto de técnicas de enseñanza del Derecho internacional privado en las Universidades europeas². La clase magistral opera como la columna vertebral de la transmisión de conocimientos y argumentos jurídicos de Derecho internacional privado. Consiste la clase magistral, -expresado de manera sencilla y en una somera aproximación-, en la exposición oral por el profesor de principios, conceptos y datos cuyo fin es proporcionar la información necesaria sobre la disciplina en cuestión.

3. La clase magistral ha sido objeto de críticas virulentas que han apuntado su anacronismo jerarquizante, su abstracción, la vana generalidad en la exposición de los problemas, el fomento del verbalismo del profesor así como la toma mecánica de “apuntes” por los alumnos al estilo del copista medieval o amanuense, entre otras apreciaciones adversas. En definitiva, se ha llegado a afirmar que la clase magistral se trata de una técnica profundamente inadaptada a los objetivos que hoy día deben presidir la enseñanza universitaria en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho.

4. Las anteriores críticas a la clase magistral son sólo parcialmente acertadas. Los defectos de la misma se han producido, en realidad, sólo cuando la clase magistral se ha convertido la única técnica de enseñanza empleada en la Universidad (= el “totalitarismo de la clase magistral”).

5. Sin embargo, frente a ello es justo también admitir que la clase magistral despliega una función esencial y altamente operativa en la enseñanza del Derecho internacional privado. La clase magistral es imprescindible. El contenido y el funcionamiento real del Derecho internacional privado se entiende mucho mejor con una explicación magistral en la que el profesor expone los puntos clave de la cuestión de Derecho internacional privado de la que se trate. En efecto, la clase magistral permite transmitir la esencia de las cuestiones jurídicas y lo hace mediante una exposición de la dogmática del Derecho internacional privado, no a través de la cita desordenada de fuentes y otros materiales legales. Por eso es tan importante, porque la clase magistral permite que el estudiante aprenda a argumentar en Derecho y también a expresarse en Derecho con el vocabulario apropiado, correcto, preciso y pertinente, como expone V. ITURRALDE SESMA³. Ello sólo se consigue si la clase magistral sigue los pasos seguros de la dogmática jurídica, de la lógica general, de la lógica jurídica, de la teoría de la argumentación y de la retórica jurídica clásica, como expone acreditada doctrina tradicional⁴. De ese modo la clase magistral es

¹ P. FOIS, “L’insegnamento del diritto internazionale durante il Novecento”, *RDIPP*, 1992, pp. 17-28; M. MIELE, “Per l’autonomia didattica del diritto internazionale privato”, *Giornale dell’Università*, vol.VI, 1956, núm.2, pp.55-56; R. DE NOVA, “Ancora per l’autonomia del diritto internazionale privato”, *Giornale dell’Università*, 1957, vol.VII, núm.1, pp.13-14; R. DE NOVA, “Diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato nell’ordinamento degli studi”, *Diritto Internazionale*, 1959, vol.XIII, pp.206-209.

² J.E.J.TH. DEELEN, “Some Comparative Data concerning the Study of Private International Law”, *NILR*, 1966, vol.XIII, pp. 90-105.

³ V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico (cuestiones relativas a la aplicación de la ley)*, Ed.tecnos, Madrid, 1989, esp. pp. 100-120.

⁴ Al respecto, *vid.* A. GIULIANI, “Logica del Diritto (teoria dell’argomentazione)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XXV, 1975, pp. 13-34; G. KALINOWSKI, “Voce Logica del Diritto (lineamenti generali)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè,

la ventana hacia una aplicación transformadora del Derecho internacional privado, es el modo de transmitir los instrumentos que permiten a los estudiantes ser creativos en la aplicación del Derecho internacional privado y mejorar el bienestar de todos en un escenario transfronterizo con soluciones jurídicas sólidas⁵. Para ello es imprescindible, como se verá seguidamente, que el profesor no sea un “dictador de apuntes”, sin oque enseñe el Derecho internacional privado a través de la argumentación jurídica, como ha subrayado A. GORDILLO⁶. En ese sentido, una buena clase magistral de Derecho internacional privado de cuarenta y cinco minutos de duración ahorra decenas de horas de estudio de materiales escritos y permite al estudiante comprender con gran rapidez el núcleo de la materia y le facilita de manera evidente el posterior estudio de los contenidos del Derecho internacional privado.

6. El modo de exponer el núcleo de la materia de Derecho internacional privado que corresponde puede, además, variar.

En primer lugar, se puede proceder a desarrollar la clase magistral de un modo lineal, en una suerte de “planteamiento” (= problemas sociales y jurídicos que se suscitan en un concreto sector del Derecho internacional privado), “nudo” (= distintas soluciones posibles, argumentaciones válidas, apoyos normativos, jurisprudenciales y doctrinales) y “desenlace” (= la mejor solución por ser la que cuenta con una argumentación más convincente).

En segundo lugar, también puede plantearse la clase magistral a través de un “caso tipo” o “caso estrella”. Así, puede explicarse el funcionamiento del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 mediante la exposición del caso “*Juana Rivas*”, al hilo del que se pueden citar las soluciones que ofrece el convenio citado y su aplicación en la práctica⁷. Y puede explicarse la protección de los derechos de la personalidad en Internet mediante el seguimiento, por ejemplo, del muy importante caso objeto de la STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*⁸. Un

Milano, vol. XXV, 1975, pp. 7-12; L. MENGONI, “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Milano, 1978, pp. 329-370; V.P. MORTATI, “Voce Dogmatica giuridica (premessa storica)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XIII, 1964, pp. 671-678; E. PARESE, “Voce Dogmatica giuridica (in generale)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXV, 1975, pp. 679-712.

⁵ Al respecto, es fundamental la todavía atrevida exposición de J. CASTÁN TOBEÑAS, “La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho”, conferencia pronunciada en la universidad de Murcia el 20 mayo 1946, (texto en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/25519/1/N%202026%20%20La%20actividad%20modificativa...pdf>), pp. 676-708, así como la capital aporte de CH. PERELMAN / L. OLBRECHTS-TYLECA, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, trad. I. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989. *Vid.* también L. VEGA REÑÓN / P. OLMOS GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2012; O. BUENAGA CEBALLOS, *Introducción a la argumentación jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016; P. BRETON, *La argumentación en la comunicación*, UOC, Barcelona, 2014; M. MEYER, *Principia rhetorica. Una teoría general de la argumentación*, trad. I. Agoff, Amorrortu, Buenos Aires, 2013; S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, trad. M. Morrás / V. Pineda, Ed. Península, Barcelona, 2007; F. VAN EEMEREN / F. GROOTENDORST / F. SOCECK, *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*, trad. R. Marafioti, Biblos, Buenos Aires, 2006; A. WESTON, *Las claves de la argumentación*, trad. J.F. Malem Peña, Ariel, Barcelona, 1994; A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991; R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, trad. S. Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Ed. Taurus, Madrid, 1986; M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, 3ª reimp., Trotta, Madrid, 2015; O. BUENAGA CEBALLOS, *Metodología del razonamiento jurídico-práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*, Dykinson, Madrid, 2016; J.M. CABRA APALATEGUI, *Sobre Derecho y argumentación. Estudios de teoría de la argumentación jurídica*, Comares, Granada, 2015; C. CALONGE, *Técnica de la argumentación jurídica*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014; J.A. GARCÍA AMADO, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Eolas ediciones, León, 2013; M. GASCÓN ABELLÁN (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010; R. ORTEGA GARCÍA (coord.), *Teoría del Derecho y argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J. LEWIS, *Cultural Studies. The Basics*, 2nd ed., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, pp. 3-8 y 288-322.

⁶ A. GORDILLO, *El método en Derecho*, Civitas, Madrid, 1988 (reimp. 1995), esp. pp. 68-71.

⁷ BOE núm. 202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm. 21, de 24 enero 1996. *Vid.* AAP Granada 8 septiembre 2017 [ECLI:ES:APGR:2017:1186A].

⁸ STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited, Recopilación*, 2011, p. I-10269. [ECLI:EU:C:2011:685] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58363>.

Derecho internacional privado explicado a través de *leading cases* (= casos estrella, casos que marcan el camino) llega con facilidad a los estudiantes y transmite al mismo tiempo una muy positiva idea de utilidad y sentido práctico del Derecho internacional privado.

7. Para que la clase magistral pueda cumplir con su importante misión, es necesario adaptar sus caracteres tradicionales, presentes desde hace al menos mil años, desde la misma fundación de la Universidad, a la realidad de las enseñanzas del Derecho en el siglo XXI. En dicha perspectiva, la clase magistral puede ser reformulada de modo que no se presente como una técnica de enseñanza rígida que consiste en un monólogo o lectura (*lectio*) del profesor que transmite una exposición exclusivamente retórica. La renovación de la clase magistral es posible y es ya una realidad en muchas ocasiones en las aulas universitarias del mundo occidental. La reformulación de la clase magistral puede lograrse, en efecto, mediante ciertos elementos.

2. Clase magistral activa

8. Debe subrayarse que la clase magistral mejora sus resultados si se presenta como una “clase magistral activa”. En la misma no sólo se transmiten conocimientos, sino que, en su desarrollo, se reflexiona sobre el sistema de Derecho internacional privado. Concebir de este modo la clase magistral supone dar un paso “de la transmisión a la reflexión”. Por ello, “dictar apuntes” de Derecho internacional privado en los tiempos actuales es improcedente, es inútil y es innecesario, además se resultar obsoleto. De hecho, en las más prestigiosas Universidades del mundo esta práctica está desterrada por anacrónica e inútil, apunta M. GONZÁLEZ DURANTEZ⁹. La información se encuentra en multitud de fuentes de naturaleza muy dispar. Los estudiantes pueden ser dirigidos a las fuentes de datos normativos y jurisprudenciales de Derecho internacional privado sin tener que ejercer de copistas medievales de lo que el profesor declama en clase. El profesor debe reflexionar sobre el por qué de las normas y de las reglas de Derecho internacional privado, debe explicar su funcionamiento y los objetivos y resultados a los que conduce y debe mostrar la utilidad del Derecho internacional privado que se enseña. No debe limitarse a describir el elenco, la letra y la técnica de las normas de Derecho internacional privado.

3. Clase magistral dinámica

9. La clase magistral debe adoptar también un enfoque dinámico. Una clase de contenido variable, en la que el profesor expone no sólo lo que se encuentra previamente contemplado en el programa, en la guía docente y en el cronograma de la asignatura, sino en la que también comunica y reflexiona sobre problemas, cuestiones, litigios y controversias de Derecho internacional privado que surgen en el momento en el que se imparte la clase magistral. El profesor argumenta y argumenta sobre los métodos para resolver, de un modo eficiente, problemas que surgen de los conflictos de intereses en la sociedad, como explica con brillantez J. VAN COMPERNOLLE¹⁰. La nueva clase magistral debe ser un vehículo de pensamiento activo sobre las cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean en el momento de su impartición. Los estudiantes se sienten especialmente motivados si en las clases de Derecho internacional privado se abordan temas que pueden leer el mismo día de la clase en los medios de comunicación. En tal sentido, el profesor debe estar preparado para discurrir, razonar y deliberar sobre temas del momento: un caso célebre y polémico de sustracción internacional de menores, como ha sido el caso de *Juana Rivas*, el impacto de la Ley *Helms Burton* en el comercio exterior de España, las sanciones de

⁹ M. GONZÁLEZ DURANTEZ, *Devuélveme el poder*, Ediciones Península, Atalaya, Madrid, 2019, p. 124.

¹⁰ J. VAN COMPERNOLLE, “Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 495-506. *Vid.* también, en general, sobre esta misma idea, el ilustrativo y muy agradable texto de L. Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 3ª ed. corregida y puesta al día, Barcelona, 1993.

la Unión Europea al comercio con Rusia como consecuencia de la guerra de Ucrania, la expropiación de bienes de Repsol en Argentina, la confiscación de la marca Havana Club y de los terrenos que explota Hoteles Meliá en Cuba, etc.

4. Clase magistral participativa

10. Para alcanzar sus objetivos, la clase magistral debe ser también una clase participativa. En ella, se puede y se debe preguntar a los alumnos cuestiones que ya saben y que ya conocen y que son precisas para avanzar en el conocimiento del Derecho internacional privado. También se debe y se puede preguntar a los estudiantes sobre cuestiones de Derecho internacional privado que ya se han estudiado y sobre su intuición jurídica general. La clase magistral constituye un ambiente ideal para incitar a los estudiantes a que encuentren una solución de Derecho internacional privado a cuestiones jurídicas derivadas de las situaciones privadas internacionales y ello a partir de los principios generales de Derecho internacional privado que ya conocen. La clase magistral puede y debe enseñar a los estudiantes a “construir soluciones de Derecho internacional privado”.

5. Presupuestos instrumentales para una clase magistral adecuada. *Delenda est power point.*

11. Una clase magistral de Derecho internacional privado que resulte activa dinámica, participativa y, por tanto, verdaderamente útil exige contar con ciertos presupuestos instrumentales de distinta naturaleza, sin los cuales no puede cumplir con sus cometidos docentes.

En primer lugar, es preciso que el profesor lleve a cabo un proceso de “selección previa” del contenido de la clase magistral. Ésta debe versar sobre las cuestiones sociales que se suscitan en la práctica española y europea del Derecho internacional privado y sobre el material jurídico del Derecho internacional privado español y europeo que regula tales relaciones sociales. La clase magistral debe así ocuparse del análisis del Derecho internacional privado positivo español y europeo y de la jurisprudencia que aplica ambos ordenamientos jurídicos.

En segundo lugar, es preciso asumir que el material seleccionado para la clase magistral está en continuo proceso de actualización. No es adecuado enseñar lo mismo todos los años. El material jurídico debe ser revisado y actualizado con arreglo a los nuevos argumentos y tendencias resultado de la investigación del profesor, con arreglo a la jurisprudencia y a los datos normativos más actuales. Así, por ejemplo, los foros de competencia judicial internacional contenidos en la LOPJ, que antes presentaban una importancia de primer orden, hoy día muestran un carácter residual y subsidiario. Su importancia en el sistema ha decrecido y por ello deben también decaer su peso en el programa didáctico. Lo mismo sucede con el Derecho internacional privado español, operativo ya sólo para ciertos “sectores no europeizados” del Derecho internacional privado y por tanto residual y subsidiario respecto del Derecho internacional privado europeo.

En tercer lugar, visto que la clase magistral debe ser parcialmente dialogada, -de nuevo la mayéutica socrática-, es preciso que se imparta a un grupo relativamente reducido de estudiantes. En realidad, si existen más de cincuenta personas en una misma clase, será difícil que ésta sea activa, dinámica y participativa.

En cuarto lugar, la clase magistral requiere una exposición que, en ocasiones, no tiene por qué ser exclusivamente oral. Puede y debe recurrirse a materiales y medios técnicos adecuados: *power-point*, proyecciones, *collage* de materiales visuales que acompañan el discurso del profesor, etc. Es preciso subrayar con el mayor énfasis que los *power points* y similares no son fuente del Derecho ni pueden constituir el exclusivo material de estudio del Derecho internacional privado. Se trata de medios puramente auxiliares, muchos de ellos visuales. Por otra parte, los *power-points* constituyen un material pasivo: el estudiante se limita a “ver” o como mucho “mirar” lo que aparece en tal proyección y ello incita al sueño y a la indolencia, a la apatía y la indiferencia, al desinterés, a la inacción. Es como una droga extraída de una planta adormidera. Por ello, no deben proyectarse los *power-points* y los recursos similares ayunos

de toda explicación. El docente de Derecho internacional privado debe explicar “sobre el *power-point*”, comentar, perfilar y clarificar y ampliar lo que en dicho *power-point* se muestra. El *power-point* no sustituye al texto del manual ni puede considerarse “material de estudio del Derecho internacional privado”. Cuando esto tiene lugar, el estudiante obtiene una visión raquítica del Derecho internacional privado que no le forma ni le sirve para aprender nada de nada. En este caso, el *power point* debe ser destruido.

En quinto lugar, una clase magistral moderna y actualizada lejos de las *repetitiones* propias del medioevo exige un esfuerzo personal mucho mayor por parte de profesor y de estudiantes. Ambos son sujetos activos de la clase magistral del siglo XXI. Por ello, el grado de atención disminuye antes en el tiempo. En tal sentido, la clase magistral moderna debería presentar una duración aproximada de 40 minutos. El elevado grado de atención requerido a estudiantes y profesorado aconsejan esta duración contenida.

III. La clase práctica

12. Una clase magistral debe presentar, como se ha indicado, un marcado carácter participativo, dinámico y con fuerte contraste social. Ahora bien, ésta no puede absorber ni sustituir a la clase práctica. La clase práctica constituye un complemento ideal y necesario de la clase teórica o magistral. La clase práctica contribuye a la comprensión global del Derecho internacional privado pues sólo a través de esta perspectiva aplicativa del mismo el estudiante alcanza conciencia completa de las potencialidades del Derecho internacional privado como sistema normativo que resuelve satisfactoriamente una multitud de conflictos sociales. Para el correcto desarrollo de la clase práctica resulta necesario proporcionar a los alumnos una base material de textos de prácticas ya desde el inicio del curso, esto es, una programación de los contenidos didácticos objeto de estas clases prácticas.

1. La clase práctica anglosajona. De los *Commentaries on the Law of England* al método del caso (*Harvard case method*).

13. El concepto de clase práctica debe quedar bien fijado. En efecto, con frecuencia se confunde la clase práctica de Derecho internacional privado con el “método del caso” que se sigue en las universidades anglosajonas, muy particularmente en las norteamericanas. En éstas se analizan sentencias judiciales. Los alumnos de las universidades de los países de *Common Law* estudian resoluciones judiciales, el *iter* de las mismas, sus argumentos y soluciones alcanzadas. Pues bien, dicho enfoque anglosajón (= el método del caso) no puede ser calificado como una clase práctica de Derecho internacional privado en España ni en Europa continental, tal y como muy bien explica M.A. CEBRIÁN SALVAT¹¹.

14. Es útil recordar, con L. PEÑUELAS I REIXACH, que la enseñanza del Derecho en los Estados Unidos de América estaba marcado por el sistema jurídico inglés, que se concentraba en tratados jurídicos y en especial en los muy famosos y difundidos *Commentaries on the Law of England* de BLACKSTONE fechados en 1765¹². Sir William Blackstone diseñó un imponente libro que comprendía cuatro volúmenes sobre los derechos de las personas, el derecho de cosas, los daños y el Derecho Público.

15. Estos *Commentaries* constituían un auténtico estudio sistemático de Derecho inglés, algo que hasta esa fecha citada no existía en el Reino Unido y que por ello resultó muy útil para el aprendizaje del sistema legal de ese país. También fue una obra seriamente criticada. Lo fue, en primer lugar, porque presentaba el Derecho inglés como un precipitado histórico lleno de virtudes y hecho admirables, y

¹¹ M.A. CEBRIÁN SALVAT, “«Case method» y «case study method»: experiencias de aplicación en un sistema de base legal”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (directoras), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2019, pp. 159-171.

¹² L. PEÑUELAS I REIXACH, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España*, 3ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2009, pp. 48-51.

olvidaba que dicho ordenamiento jurídico era el resultado, con frecuencia, de los enfrentamientos entre reyes con tendencias absolutitas y parlamentos cuyo único objetivo era tomar el poder y decapitar al soberano. En segundo lugar, también fue reprobado por algunos expertos en Derecho, que consideraron que el libro era una tentativa de «codificación del Derecho común (Common Law) inglés», lo que resultaba contrario a su esencia de *judge-made law*.

16. Las anteriores críticas no impidieron el inmenso éxito de la obra. Ésta hizo accesible el Derecho inglés a toda la población y, sobre todo, hizo que el Derecho inglés fuera más sencillo de estudiar. Por otro lado, el sustento vital de los *Commentaries* fue la Ciencia. En el siglo XVIII, en el siglo de la Ciencia, todo saber que quería ser aceptado de modo serio debía presentarse de modo sistemático, científico, organizado, con sus causas y consecuencias, de un modo rigurosamente lógico.

17. En suma, el éxito de la obra se produjo, de manera inevitable, por tres motivos. En primer lugar porque los *Commentaries* proporcionaban el material jurídico del Derecho inglés de modo tan accesible que resultaron óptimos para estudiantes y profesores de Derecho. En segundo lugar, porque, al mismo tiempo, los prácticos del Derecho por fin podían diseñar sus estrategias de litigación de un modo más riguroso, serio y lógico. El mundo de la docencia del Derecho y el mundo de la práctica del Derecho le dieron a los *Commentaries* éxito, gloria y honor. En tercer lugar, porque los Estados Unidos y el Canadá acababan de lograr su independencia y eran países de gran extensión. Los abogados no podían transportar las gigantescas bibliotecas que contenían todas las decisiones judiciales inglesas que constituían las fuentes auténticas del *Common Law* desde la Edad Media Frente a ello, los *Commentaries* permitían transportar todo el *Common Law* en cuatro volúmenes: eran un «Derecho portátil». Tanto fue así, que muchos abogados de América sólo consultaban los *Commentaries*. Por ello resulta fácil de explicar que la perspectiva conservadora de la obra, centrada en la defensa de las personas, de la libertad y de la propiedad frente al Estad y los poderes públicos, consituyó una base ideológica de la misma Constitución de los Estados Unidos de América.

18. La virtud fundamental de los *Commentaries* radicaba en que sistematizaba el oleaje furioso y constante de las decisiones judiciales, auténtica fuente del Derecho inglés (*Common Law*). Ahora bien, CRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, profesor y decano en la Facultad de Derecho de Harvard, recapitó y concluyó que había que enseñar a través de los casos reales decididos por las sentencias dictadas por los tribunales. El centro de la clase debían ser los casos resueltos por los tribunales, la fuente verdadera del Derecho en los Estados Unidos. El «método del caso» conoció un éxito inmenso y los estudiantes, así, centraban sus esfuerzos en comprender la línea argumental seguida por los tribunales en los casos más importantes, expone M. MONTAÑA I MORA¹³. En consecuencia, el método del caso (= *Harvard case method*) es, en realidad, el método del estudio de las sentencias. No tiene nada que ver con plantear un caso *ex novo* para que los estudiantes lo resuelvan.

2. La clase práctica continental. La resolución de supuestos prácticos por los estudiantes

19. En las facultades de Derecho de las Universidades de los países que siguen el modelo *Civil Law*, la case práctica es aquélla en la que los alumnos resuelven problemas jurídicos extraídos de casos específicos de Derecho internacional privado. Se plantean, pues, supuestos de Derecho internacional privado tomados de la práctica real de los tribunales de justicia y de otras autoridades o bien casos específicamente diseñados para la enseñanza del Derecho internacional privado (= supuestos prácticos de Derecho internacional privado) para que los estudiantes resuelvan las cuestiones jurídicas que suscitan tales casos.

¹³ M. MONTAÑA I MORA, “Harvard y la enseñanza del Derecho en los Estados Unidos”, *Cuadernos jurídicos* (Revista mensual de Derecho), mayo 1993, pp. 21-32.

20. Las clases prácticas de Derecho internacional privado permiten alcanzar varios objetivos.

En primer termino, los estudiantes se convierten, así, en *proto* jueces, *proto* abogados, *proto* notarios y similares, y adquieren las habilidades necesarias para aplicar el Derecho internacional privado a un supuesto real y resolver cuestiones de este sector del Derecho como auténticos profesionales

En segundo lugar, ello hace que los estudiantes adquieran conciencia de la importancia del Derecho internacional privado en la solución de conflictos y cuestiones jurídicas y valoren este sector del Derecho como uno de los más importantes en el panorama legal del siglo XXI. El Derecho internacional privado alcanza, así, desde el punto de vista de los estudiantes, un nuevo valor: la utilidad práctica. El Derecho internacional privado es contemplado como un saber práctico, provechoso y eficaz para la vida. De ese modo, el Derecho internacional privado debe dejar de ser contemplado como un sector esotérico del Derecho, de escasa aplicación real. Las clases prácticas permiten atrás una visión del Derecho internacional privado como un “Derecho doctrinario” o “Derecho de profesores”, como indica A. WHITE¹⁴. El Derecho internacional privado adquiere así un nuevo interés. Se contempla como un sector del Derecho que posee “valor en sí mismo”: el conocimiento jurídico de Derecho internacional privado se convierte en un bien valioso. En efecto, un conjunto de normas y reglas que sirven para resolver cuestiones legales de alta complejidad es un sector del Derecho que posee “valor en sí mismo”. En el siglo XXI, el Derecho internacional privado es un bien inmaterial de elevada utilidad. La persona que conoce a fondo dicho sistema de normas y reglas y que sabe implementarlo posee un “bien de alto valor” en el mercado de conocimientos normativos. En definitiva, el estudiante que toma conciencia interior de que al dominar el Derecho internacional privado domina un sistema eficiente de solución de conflictos sociales que no está al alcance de la mayor parte de los juristas, debe también comprender y asumir que su valor y peso en el mercado de los expertos legales aumenta de modo considerable. La clase práctica permite ver el valor del Derecho internacional privado como conocimiento jurídico.

21. Las obras necesarias para la realización de prácticas de Derecho internacional privado que ofrece actualmente el mercado son ya numerosas¹⁵. Estos materiales pueden ser actualizados y dinamizados con casos prácticos específicos extraídos de informaciones puntuales que surgen y se plantean durante el curso académico del que se trate. También son de utilidad las obras que recogen formularios de Derecho internacional privado, especialmente para actividades de *role-playing*¹⁶.

22. El estudio exclusivo de decisiones jurisprudenciales y resoluciones administrativas de la práctica española y europea de Derecho internacional privado no constituye, en realidad, un adecuado punto de partida para la clase práctica. La confusión reinante en este particular se debe al denodado pero infructuoso intento de importar el método del caso norteamericano a las aulas europeas en las que se explica Derecho Continental, como lo es el Derecho internacional privado español y europeo. El estudio de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales más relevantes debe realizarse al mismo tiempo que se lleva a cabo el estudio del material normativo del Derecho internacional privado. En efecto, tales resoluciones son la traslación práctica del Derecho positivo y en ellas se puede observar la interpretación y el alcance de las normas elaboradas por el legislador. Existen en Europa buenos materiales al respecto

¹⁴ A. WHITE, “Doctrine in a *Vacuum*”, *Journal of Legal Education*, vol.36, 1986, pp. 155-166.

¹⁵ *Vid.* entre otras obras, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ, *Practicum de Derecho internacional privado (600 supuestos prácticos para todos los niveles)*, Ed. Rapid Centro Color, Murcia, 2021; R. ARENAS GARCÍA, *Casos básicos de Derecho internacional privado. Con soluciones*, Atelier, Madrid, 2020; J.C. FERNANDEZ ROZAS / P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Internacional Privado. Textos y Materiales*, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2019; A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Prácticas de Derecho internacional privado. Ejercicios y materiales de apoyo*, 7ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013; S. BARIATTI, *Cases and materials on EU private international law*, Oxford, Hart, 2011; P. MAESTRE CASAS / A. DURÁN AYAGO / M^a DEL M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, *Aplicación práctica del Derecho internacional privado: Casos y soluciones*, 4ª ed., Salamanca, Ratio Legis Libr., 2015; A. ORTEGA GIMENEZ / L. HEREDIA SÁNCHEZ, *Materiales de derecho internacional privado para el grado en Derecho*, Ed. Difusión Jurídica, 2018. Precedentes son M. MOYA ESCUDERO / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Supuestos prácticos de Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 1993 y sobre todo, M. DIEZ DE VELASCO (dir.), *Prácticas de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1986.

¹⁶ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Formularios procesales civiles internacionales*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011.

que recogen resoluciones que aplican el Derecho internacional privado europeo y español permiten superar épocas pasadas en las que encontrar una sentencia concreta de Derecho internacional privado era partir a la búsqueda de *El Dorado*¹⁷.

23. Las resoluciones que aplican Derecho internacional privado no son fuente del Derecho, como sí sucede, por el contrario, en los EE.UU. Por ello, un estudio del Derecho internacional privado fundado exclusiva y/o preponderantemente en las mismas de modo que obvie u oscurezca las normas jurídicas positivas, no parece adecuado, pues desfigura el sistema jurídico de Derecho internacional privado que se aplica en España y en la UE.

24. Los resultados positivos de la implementación de los casos prácticos de Derecho internacional privado, verificados tanto en los procesos de debate con los estudiantes como en la misma capacidad del docente para aprender en el proceso de transmisión de conocimientos, permiten afirmar que la clase práctica debe ser contemplada como una “constante docente”, como ha precisado M.^a JESÚS SÁNCHEZ CANO¹⁸. La realización de prácticas de Derecho internacional privado con periodicidad semanal o quincenal permiten cubrir un espectro completo del programa de contenidos didácticos del Derecho internacional privado.

25. Es incluso posible plantear una enseñanza del Derecho internacional privado que pivote predominantemente sobre las clases prácticas. En dicho enfoque, las explicaciones teóricas pueden reducirse a introducir los temas de Derecho internacional privado mediante la exposición del núcleo normativo principal de los mismos, de modo que en las clases prácticas se expone la solución de los casos suscitados y también la exposición de perfiles específicos del sector considerado. Así por ejemplo, al explicar la regulación jurídica de la contratación internacional, puede exponerse, de manera sucinta breve y contenida, el núcleo básico de las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Reglamento Roma I. Tras ello, en las clases prácticas pueden abordarse cuestiones particulares relativas a los contratos internacionales: fuerza mayor, cumplimiento de las obligaciones, entregas múltiples de bienes, cambios en la residencia habitual de los contratantes, cláusulas de excepción, incidencia de normas de intervención o leyes de policía en la dinámica del contrato, etc.

IV. Seminarios especializados

26. Esta técnica de trabajo en grupo permite una especialización que no puede obtenerse con el seguimiento lineal del curso académico. De esta manera, pueden ser objeto de un profundo análisis ciertas cuestiones que sólo es posible abordar de forma general o meramente aproximativo durante el

¹⁷ En España, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Internacional Privado. Textos y Materiales*, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2019; P. MAESTRE CASAS / A. DURÁN AYAGO / M.^a DEL M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, *Aplicación práctica del Derecho internacional privado: Casos y soluciones*, 4ª ed., Salamanca, Ratio Legis Libr., 2015; A. ORTEGA GIMÉNEZ / L. HEREDIA SÁNCHEZ, *Materiales de derecho internacional privado para el grado en Derecho*, Ed. Difusión Jurídica, 2018; A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Prácticas de Derecho internacional privado. Ejercicios y materiales de apoyo*, 7ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013. Como antecedentes pueden citarse: M. DÍEZ DE VELASCO (dir.), *Prácticas de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1986; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado español*, Textos y materiales, Derecho judicial internacional), 2ª ed., Madrid, 1992; M. MOYA ESCUDERO / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Supuestos prácticos de Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 1993; E. PECOURT GARCÍA, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, vol.I, Pamplona, 1976; J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional IPr.*, 1981; J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional privado español*, doctrina legal del Tribunal Supremo, Ed.RDP, Madrid, 1981. En otros países europeos, *vid.* J.-Y. CARLIER / M. FALLON / S. FRANÇO, *Droit international privé, Recueil de jurisprudence*, Bruylant, 2018; L.S. ROSSI / M. MELLONE (Eds.), *Il diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea: materiale normativo e giurisprudenziale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2011; S. BARIATTI, *Cases and materials on EU private international law*, Oxford, Hart, 2011.

¹⁸ M.^a JESÚS SÁNCHEZ CANO, “El debate como método de enseñanza-aprendizaje”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (directoras), *Innovación docente y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2019, pp. 129-138.

curso académico. Un seminario correctamente diseñado, explica J.R. CAPELLA, versa en torno al análisis de problemas, argumentos y soluciones suscitados al hilo de sentencias judiciales o resoluciones administrativas que han aplicado normas de Derecho internacional privado¹⁹.

27. El proceso de Bolonia ha supuesto una pérdida de contenidos en la enseñanza del Derecho en general y del Derecho internacional privado en particular, como señala doctrina solvente. Sin embargo, todavía ha esperanza. Estos seminarios pueden contribuir a una re-introducción de contenidos especializados en el programa de la asignatura que además, pueden tratarse con mayor profundidad dogmática²⁰.

28. El seminario especializado de Derecho internacional privado puede ayudar a crear un hábito de estudio dogmático del mismo en los alumnos. Permite a los mismos aprender el correcto método para aplicar el Derecho internacional privado, criticar positiva o negativamente los argumentos contenidos en las sentencias y otras resoluciones que aplican Derecho internacional privado y familiarizarse con los instrumentos propios del trabajo intelectual en ese sector. Otras ventajas del seminario no deben ser minusvaloradas: posibilidad de permitir el diálogo entre los estudiantes y con el profesor, la crítica dogmática, el estímulo personal que representa para los estudiantes tomar un cierto protagonismo en la defensa de posiciones jurídicas concretas, mejora de las capacidades de expresión escritas y orales, interiorización de los propios puntos de vista, etc.

29. El seminario constituye una técnica de enseñanza flexible. Ello permite arbitrar cauces distintos a tenor de las circunstancias particulares del seminario: participantes, materia objeto de estudio, naturaleza de los materiales y otras. Esta técnica de enseñanza requiere también la concurrencia de condiciones concretas: selección de grupos reducidos, -un máximo de diez personas parece adecuado-, lo que comporta el problema de la selección previa de los alumnos. Para que ello no suponga un modo de cercenar el interés de un grupo amplio de alumnos, parece conveniente crear varios grupos del mismo seminario, o quizás mejor, la realización de varios seminarios sobre temas diversos a lo largo del curso académico. De nuevo, sin embargo, las condiciones relativas a la infraestructura universitaria pueden condicionar la misma posibilidad de realización del seminario. El desarrollo del seminario debe dar protagonismo al estudiante pero sin olvidar que la dirección efectiva es siempre tarea del profesor.

30. La elección del tema objeto del seminario puede valorarse en función de parámetros diversos, tales como la actualidad, proyección social, o repercusión futura en el Derecho internacional privado europeo y español. En la actualidad, los aspectos que pueden ser objeto de un seminario útil y profundo de Derecho internacional privado son muy numerosos. Entre tales temas pueden seleccionarse, de modo equilibrado, cuestiones de Derecho de familia internacional como la gestación por sustitución en el extranjero, el nombre de las personas físicas en supuestos transfronterizos, la precisión del régimen económico matrimonial tras los constantes cambios legales, la litigación en distintos países en casos de divorcio internacional, la validez internacional de los testamentos, y tantos otros. Del mismo modo, también pueden tomarse como centro del seminario cuestiones de Derecho de los negocios internacionales: situación de los agentes comerciales en Derecho internacional privado, jurisdicción y Ley aplicable a los contratos transfronterizos de trabajo y consumo, validez en España de expropiaciones de bienes de españoles en otros países, efectos de los embargos comerciales sobre los contratos internacionales, y tantos otros.

¹⁹ J.R. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje (una introducción al estudio del Derecho)*, Trotta, Madrid, 1995. p. 64-69.

²⁰ G. QUINTERO OLIVARES, *La enseñanza del Derecho en la encrucijada (Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional)*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010; E. LINDE PANIAGUA, *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010; J.R. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje (una introducción al estudio del Derecho)*, Trotta, Madrid, 1995; F. GÓMEZ DE LIAÑO, *De los jueces, de los abogados y de los juicios*, Civitas, Madrid, 2010; R. MORENO CASTILLO, *La conjura de los ignorantes. De cómo los pedagogos han destruido la enseñanza*, 3ª ed., Ed. Pasos perdidos, 2016; R. MORENO CASTILLO, *Panfleto antipedagógico*, 3ª ed., Leqtor, Barcelona, 2006; J. ORRICO MARTÍNEZ, *La tarima vacía*, Ed. Alegoría, Jaén, 2016; J.E. BUSTOS PUECHE, "Reflexiones boloñesas con ocasión de la jubilación", en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (obra homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente)*, Iprolex, ISBN 9788494105593, Madrid, 2020, pp. 175-184.

31. Parece aconsejable huir de seminarios teóricos que tratan meta-problemas normativos, esto es, los “problemas generados por las normas” de Derecho internacional privado. Seminarios sobre re- envío, *forum non conveniens*, cuestión previa, las leyes de policía, y demás cuestiones de la tradicional parte general del Derecho internacional privado, alejan al estudiante del carácter práctico de esta disciplina, que “se gira sobre sí misma” y, con ello, no le permite transmitir su elevado carácter práctico. Estos seminarios teóricos, propios de otras épocas en las que faltaba, cierto es, una aplicación real del Derecho internacional privado por los tribunales de Justicia, no “ponen en valor” la utilidad del Derecho internacional privado para resolver controversias jurídicas y sociales que afectan a la vida de millones de personas en todo el mundo.

32. La presentación del seminario y su estructura reviste la mayor importancia. El seminario debe ser cuidadosamente preparado y presentado por el docente de Derecho internacional privado.

En primer lugar, debe elegirse el tema del seminario y el texto o textos sobre los que versa el seminario. A lo largo del curso pueden realizarse varios seminarios y parece adecuado que exista un equilibrio entre seminarios de Derecho de familia internacional y seminarios de Derecho de los negocios internacionales.

En segundo término, debe proporcionarse una bibliografía contenida adaptada a las peculiaridades del seminario concreto. Con ello, el estudiante puede profundizar en los desarrollos jurídicos del tema del seminario y argumentar sus soluciones antes de iniciarse la sesión del seminario. Al seminario de Derecho internacional privado, en efecto, el estudiante debe acudir con el material estudiado y asimilado y con una toma de posición sobre las cuestiones que suscita el mismo. Al seminario no se acude a recibir conocimientos sino a debatir argumentos jurídicos.

En tercer lugar, se debe incluir una relación de cuestiones tras el texto de cada seminario, a modo de pre-texto o guía básica de interrogantes para la discusión y el debate de los problemas de Derecho internacional privado que suscita el tema elegido como objeto del seminario.

En cuarto lugar, por lo que atiene a la estructura del desarrollo del seminario, puede asignarse la exposición de distintos puntos particulares o ponencias del seminario a estudiantes concretos. Este sistema garantiza el fomento del interés y la posibilidad de coloquio en las sesiones. Parece adecuado terminar el seminario con una “elevación a conclusiones definitivas”, esto es, con unas conclusiones finales en las que queden claros los puntos sobre los que existe un consenso judicial, legal y doctrinal, y en las que quedan en estado de debate continuo por el contrario, aquellos aspectos sobre los que no es posible alcanzar un consenso entre los participantes en el seminario. El seminario sirve, así, como banco de pruebas para dejar claro que ciertas cuestiones de Derecho internacional privado dispone de respuestas muy bien definidas y que otros aspectos, por el contrario, carecen de una solución única y que son objeto de enconadas polémicas doctrinales, judiciales e incluso de legislación contradictoria.

V. Enseñanza universitaria a distancia reglada y no reglada

1. Aspectos positivos de la enseñanza a distancia

33. La respuesta de las instituciones públicas de enseñanza superior a las ofertas pluriformes de los conocidos *masters* privados de post-grado se canaliza a través de los *masters* oficiales y de otros cursos breves no reglados de “especialista” o “experto universitario”. Su objetivo va dirigido fundamentalmente a personas no matriculadas en los cursos del Grado en Derecho, personas que ya han obtenido dicho grado, aunque no necesariamente es así en todos los casos. Responden generalmente a la oferta de un Departamento, Área de conocimiento o Grupo de Investigación universitario en torno a temas especializados. Ofrecen una perspectiva sectorial que puede ser útil desde el punto de vista práctico en segmentos del Derecho internacional privado que exigen una especialización técnico jurídica avanzada. La enseñanza en estos contextos de post-grado o especialización se puede desarrollar de modo muy efectivo a través de técnicas de docencia *online*, docencia a distancia. Así, los *video chats*, video conferencias, video seminarios, etc. son herramientas adecuadas para acercar la docencia del Derecho inter-

nacional privado a personas que no pueden desplazarse a la sede física de un concreto centro docente. Estas técnicas también pueden ser útiles para completar ciertos aspectos del programa de la materia en un curso presencial de Derecho internacional privado. Permiten, además que grandes expertos de Derecho internacional privado puedan dirigirse a un público infinito, como se ha podido apreciar, en todo el mundo, con ocasión de la pandemia provocada por el virus COVID-19. En esa medida, democratizan la enseñanza del Derecho internacional privado.

2. Aspectos negativos de la enseñanza a distancia.

34. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso adoptar una postura crítica en relación con la docencia universitaria *online*. La crisis provocada a partir de marzo de 2020 por el virus COVID-19 ha hecho que, en España, las universidades presenciales adopten, parcial e incluso totalmente, un modelo de enseñanza a distancia. La extensión de estos métodos de enseñanza *online* ha sido extraordinaria. Debe admitirse, como es natural, que ello ha permitido que las universidades puedan terminar el curso académico y que desarrollen sus labores esenciales con un alto nivel de calidad. Sin embargo, es necesario, también adoptar una actitud crítica. La docencia universitaria debe ser presencial. El intento de deslocalizar la enseñanza universitaria en general y la del Derecho internacional privado en particular se enmarca en una tendencia a “clonar la realidad”, muy presente en la sociedad del siglo XXI. Se intenta, en efecto, reproducir la realidad mediante la tecnología, la “realidad física” con la “realidad virtual”. Al igual que existen “amigos” en *Facebook*, -que son una tentativa de crear “amigos” en el plano de la tecnología, en la “realidad virtual”-, se ha intentado clonar la enseñanza presencial del Derecho internacional privado a través de plataformas que operan *online*. Pues bien, ninguna de dichas clonaciones alcanza el éxito completo. La enseñanza *online* del Derecho internacional privado puede tener, que las tiene, grandes ventajas, como el permitir un notable ahorro de costes para estudiantes y universidades, pero, en verdad, falsea la realidad. Trata de hacer creer a los estudiantes y profesores que la enseñanza online del Derecho internacional privado es igual que la enseñanza presencial del mismo, cuando es evidente que no es así. Como tampoco los amigos de *Facebook* no son iguales a los amigos que una persona tiene en la vida real. Puede afirmarse, así, que existe una auténtica “pandemia online en la enseñanza universitaria” en España, fenómeno de lo más peligroso, por distintos motivos, explican G. LLAMAZARES / M. SOUTO BAYARRI²¹. Como estos autores subrayan, la “McDonalización de la Universidad”, la *fast education*, tiende a prescindir del sosiego en la enseñanza del Derecho, de la profundidad de los análisis y de la reflexión necesaria para comprender procesos legales complejos. La enseñanza online del DIPr. pese a los grandes pasos adelante desde el punto de vista tecnológico, resulta más lenta, cansada y no permite extraer del DIPr. todo su potencial para motivar adecuadamente a los estudiantes como ha puesto de relieve F. PERTÍÑEZ VILCHES²².

VI. Actividades externas

35. En la medida de lo posible, puede ser conveniente, en ocasiones, la realización de actividades de Derecho internacional privado fuera del espacio físico de la Facultad de Derecho. Tales actividades ponen al alumno en contacto con la realidad jurídica cotidiana del Derecho internacional privado. En dicha línea, pueden resultar de utilidad visitas ilustrativas a ciertas instituciones públicas y privadas: Registro civil, Registro de la Propiedad, Audiencia Provincial, Colegio Notarial y de Abogados, Juzgados de Familia, Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Centros de Documentación europea y otros entes e instituciones. Se trata de aprehender directamente información relativa a la aplicación del Derecho internacional privado en temas concretos -inscripción de propiedades pertenecientes a ex-

²¹ G. LLAMAZARES / M. SOUTO BAYARRI, “Pandemia telemática en la Universidad”, 1 junio 2020, en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Pandemia-telematica-Universidad_6_1033506642.html.

²² F. PERTÍÑEZ VILCHES, “Oportunidades para la docencia universitaria en la nueva normalidad y más allá”, <https://ctxt.es/es/20200701/Firmas/32800/Francisco-Pertinez-Vilches-tribuna-educacion-universidad.htm>, 7 julio 2020.

tranjeros, matrimonios de extranjeros, adopciones internacionales, etc.-, aunque es claro que no siempre podrá ser llevado a cabo por limitaciones de índole material. Esta actividad de “toma de contacto real” con el Derecho internacional privado puede, por otra parte, representar un buen anticipo para personas que al poco tiempo han de ejercer una profesión jurídica.

VII. *Role playing*

36. Ciertas actividades de simulación profesional en el contexto del Derecho internacional privado constituyen también un buen acercamiento a la realidad de este fascinante sector del ordenamiento jurídico. La representación jurídica por parte de los estudiantes de ciertos papeles o *roles* jurídicos, -procesos judiciales, sesiones de contratación entre empresas, sesiones de mediación transfronteriza, etc.-, el diálogo personalizado con un experto o profesional del Derecho internacional privado en facetas concretas, la exposición de ciertas cuestiones de Derecho internacional privado por parte de los estudiantes durante el curso académico a modo de ponentes particulares, *Discussion Pannels*, etc., son buenos ejemplos. A través de estas actividades y técnicas auxiliares el estudiante toma conciencia de la importancia de la presentación de los problemas jurídicos de Derecho internacional privado, del valor de la discusión argumental en Derecho internacional privado. También es así consciente de la relevancia de la retórica jurídica, de la diferencia entre “convencer” y “persuadir” en Derecho internacional privado, -en el sentido kantiano de la distinción entre “*Überzeugung*” y “*Überredung*”-, de las técnicas de negociación jurídica, y, *last but not least*, del inmenso valor del compromiso en el sentido de *agreement* o acuerdo transaccional en los conflictos jurídicos propios del Derecho internacional privado. La frase “*no hay litigante vencido*” refleja el buen hacer de los juristas que saben alcanzar acuerdos y este arte puede enseñarse, también en Derecho internacional privado, mediante técnicas de *role-playing*.

VIII. Enseñanza personalizada e investigaciones individuales

37. Resulta conveniente implementar modos de atención individual al alumno por parte del profesor. La tutoría del profesor conforme a las horas fijadas legal y reglamentariamente es el marco idóneo para su realización, como indica el art. 9.4 del Real Decreto 898/1985 de 30 abril sobre régimen del profesorado universitario²³. Con ello pueden solventarse eventuales problemas de aprendizaje en la asignatura por un lado, y por otro, satisfacer ciertas necesidades de profundización en la misma. La atención individualizada al alumno permite un alto nivel de adaptación de la enseñanza a la personalidad del mismo, lo que no puede ser desarrollado, por razones obvias, a través de las técnicas colectivas de enseñanza.

38. En particular, la posibilidad de realización de trabajos individuales de investigación o *papers* debe ser valorada positivamente, vista incluso la obligatoriedad con que se contemplan en algunas Universidades europeas. Ello puede operar, además, como antesala a la elaboración de Trabajos de Fin de Grado (TFG) sobre temas de Derecho internacional privado. Con ello se alcanza un acercamiento del alumno a las obras científicas y a los escenarios jurisprudenciales relativos a diversos aspectos de la asignatura. Para el estudiante motivado por el Derecho internacional privado estos trabajos constituyen modos óptimos para descubrir la belleza intelectual del Derecho internacional privado, sus múltiples recursos cognitivos y su capacidad de formar la mente en Derecho. Dicho acercamiento debe en todo caso ser desarrollado bajo la supervisión directa del profesor, que delimitará el objeto de estudio, la metodología a seguir, y los objetivos a alcanzar. El trabajo individual permite, en este sentido, un elevado nivel de creatividad ausente en otras técnicas de enseñanza y métodos docentes.

39. Debe tenerse presente que la actividad de estudio y profundización dogmática en Derecho internacional privado exige y requiere una labor previa de extraordinaria exigencia. No se trata, por tan-

²³ BOE núm. 146 de 19 junio 1985.

to, de fingir que los estudiantes investigan Derecho internacional privado. No se trata, tampoco, de que los estudiantes jueguen a ser “investigadores” de Derecho internacional privado. La labor de escribir sobre Derecho internacional privado y aportar reflexiones de fondo útiles y provechosas no está al alcance del neófito en Derecho internacional privado. Sin embargo, el estudiante de Derecho internacional privado sí puede realizar un trabajo de profundización en esta materia que sí se encuentre, sin problemas, al alcance de su incipiente formación. En tal sentido, los estudiantes de Derecho internacional privado pueden desarrollar trabajos de recopilación de jurisprudencia, cometarios o notas a decisiones judiciales que aplican el Derecho internacional privado, notas de actualidad sobre nuevas regulaciones positivas de Derecho internacional privado, boletines de noticias de Derecho internacional privado y similares. Las primeras labores de estudio profundo del Derecho internacional privado exigen un previo y muy profundo estudio de la materia. Como ha sido señalado por R. MORENO CASTILLO, escribir un TFG, aunque sea una empresa modesta, requiere un anterior y serio estudio por parte del alumno²⁴.

IX. Reflexiones finales

40. La docencia del Derecho internacional privado debe encauzarse a través de una serie de técnicas concretas que permitan potenciar el carácter práctico de este sector del Derecho. Para ello, nada mejor que una sólida formación teórica a través de clases magistrales de Derecho internacional privado que se deben ver completadas con otras técnicas. En particular, la formación en Derecho internacional privado mediante clases prácticas en las que los estudiantes resuelven casos, problemas, cuestiones, disputas de Derecho internacional privado, ha demostrado ser extraordinariamente beneficiosa para el aprendizaje de esta rama del Derecho. En el contexto líquido de la sociedad del siglo XXI, el profesor de Derecho internacional privado debe asumir que esta disciplina se entiende mejor con técnicas especializadas de docencia que combinan la clase magistral con otras estrategias auxiliares. En el centro de dichas técnicas, la clase magistral de Derecho internacional constituye un elemento central, totalmente insustituible, porque enseña al estudiante los puntos esenciales del Derecho internacional privado y le muestra cómo hablar en el lenguaje del Derecho internacional privado y cómo argumentar en este fascinante sector del Derecho.

²⁴ R. MORENO CASTILLO, *Panfleto antipedagógico*, 3ªed., Leqtor, Barcelona, 2006, p. 84.

La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022

Adoptive parentage, legal means for surrogacy: Regarding the Judgement of the Supreme Court of 31st March 2022

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 04.08.2022 / Aceptado: 09.09.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7218

Resumen: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México.

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente.

En cualquier caso, la realidad es que, ya sea mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Por lo que, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que aplicar por analogía la normativa existente o que estar incumpliendo las leyes sobre adopción.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley, orden público internacional, orden público europeo, interés superior del menor.

Abstract: The judgement of the Supreme Court of 31st March 2022, following the same line of interpretation of its Judgment of 6th February 2014, has rejected, on appeal, the recognition of natural filiation in favor of a Spanish woman in relation to a child born through a surrogacy contract entered into in Mexico.

The Chamber, however, establishes the adoptive affiliation of said minor born in Mexico to a woman, to whom male and female germ cells from anonymous donors were implanted, so that the child lacked a biological link with the plaintiff, a Spanish woman, single.

This sentence is especially relevant because, although the recognition of natural filiation is rejected, adoptive filiation is being allowed, as it is one of the modalities contemplated in our legal system, as the Supreme Court (TS) revealed in its previous sentence; but in addition, the guidelines that the European Court of Human Rights (ECHR) has been entrusting in relation to surrogacy contracts through its jurisprudence are being respected. When the most appropriate thing would have been that, if the conditions for the formalization of the adoption were not met, the Supreme Court had granted the request made by the plaintiffs, as the French judge finally did in the *Mennesson* case, and proceeded to recognize natural filiation in favor of the intending mother.

In any case, the reality is that, either through natural affiliation or through adoptive affiliation, the affiliation of minors born abroad as a result of surrogacy contracts is being recognized. Therefore, a modification of the regulations on the matter would be appropriate, so that, in a systematic way, the existing regulations do not have to be applied by analogy or that they are not complying with the laws on adoption

Keywords: surrogacy, surrogate mothers, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, *lex fori*, parentage, Private international law, Forum Shopping, evasion of the law, international public policy, european public policy, interests of the child.

Sumario: I. Antecedentes de la STS de 31 de marzo de 2022. II. Análisis de la STS de 31 de marzo de 2022. 1. Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado. 2. Vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño. 3. Reconocimiento de la filiación adoptiva en interés superior del menor. III. Conclusiones.

I. Antecedentes de la STS de 31 de marzo de 2022

1. En Primera Instancia, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019, el tribunal desestimó la demanda de declaración de paternidad por posesión de estado, presentada por el abuelo del menor contra su hija y el Ministerio Fiscal¹.

El menor había nacido en el Estado de Tabasco en México en el año 2015, mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado entre la madre comitente española y la madre gestante mexicana. La veracidad de los hechos ocurridos se refleja en la documentación registral extranjera que acompaña la demanda. Se solicitaba, por tanto, la inscripción en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que se le pusieron al nacer; y que se condene a la madre a estar y pasar por dicha declaración de paternidad con las obligaciones asociadas a la condición de madre. En consecuencia, el Ministerio Fiscal emitió un informe en el que contestó a las pretensiones del abuelo del menor².

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia tras desestimar la demanda del abuelo, propuso a la madre comitente que instara ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar con carácter previo a la adopción del menor; y una vez declarada la filiación adoptiva, se podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer, tal y como solicita el abuelo del menor.

2. El abuelo presentó recurso de apelación contra dicha sentencia, adhiriéndose al mismo la madre comitente³. La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 1 de diciembre de 2020, revocó la resolución impugnada, al reconocer la filiación natural del menor nacido en México a favor de la madre comitente. Por ello, ordenó la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil correspondiente

¹ Antecedente de hecho II SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

² Antecedente de hecho I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

³ Antecedente de hecho II STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

respetando los apellidos que le impusieron al nacer al menor y que constan en la documentación registral extranjera; de forma que como madre tiene que cumplir con sus obligaciones como progenitora⁴.

Así pues, en Segunda Instancia sí que se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, por adelantar alguna conclusión del presente trabajo, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se les reconoce a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida como hijos naturales⁵. Sobre este asunto, se volverá a incidir posteriormente.

3. Como no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que es la gestación por sustitución el tema sobre el que versa el asunto que se dirime en esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación. Las razones en las que basó su recurso son las siguientes: a) Se infringe el art. 131 CC *in fine* —que establece que la filiación manifestada por la constante posesión de estado no se puede reclamar en el caso de que ésta contradiga otra legalmente determinada—, pues contraviene lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁶; b) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, lo cual infringe el art. 10 de la Ley 14/2006; c) El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC al tratarse de un recurso de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁷.

El Tribunal Supremo procedió entonces a resolver si efectivamente se le reconocía la filiación a la mujer española, como lo había hecho previamente la Audiencia Provincial de Madrid, o se le denegaba dicha filiación natural.

II. Análisis de la STS de 31 de marzo de 2022

4. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México⁸.

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia⁹. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la for-

⁴ SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

⁵ En este sentido *vid.* SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006. En adelante, se denominará Ley 14/2016.

⁷ Antecedente de hecho III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153). *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁹ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STEDH 26 junio

malización de la adopción –como sucede en el presente asunto–, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Menneson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente.

En cualquier caso, la realidad es que, ya sea mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.

5. El contrato de gestación por sustitución entre la madre comitente y la madre gestante se formalizó en el Estado Mexicano de Tabasco, de acuerdo con la legislación mexicana. Dicha técnica de reproducción asistida se llevó a cabo a través de embriones creados por fertilización in vitro, donde tanto óvulos, como esperma procedían de donantes anónimos. En dicho contrato, las partes “*declaran estar de acuerdo y que es su libre y espontánea voluntad participar en este contrato libres de coacción y sin ningún vicio del consentimiento y se obligan en los términos de las ss...*”¹⁰. Dicho documento fue objeto de ratificación en el expediente número 00915/2015, relativo al procedimiento judicial no contencioso, seguido en el Juzgado Primero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido la madre presentaba problemas médicos que la incapacitaban para el embarazo, por lo que dicha infertilidad motivó que la gestación por sustitución se efectuara con óvulos donados. La madre comitente decidió llevar a cabo este contrato de gestación por sustitución en solitario, es decir, que el niño carecía de material genético de la madre gestante, de la madre comitente y de una posible pareja de la misma. Cuando nace el menor en el año 2015, la madre comitente tenía 46 años.

En el Registro Civil del Centro del Estado de Tabasco, que es el Registro Civil de los Estados Unidos Mexicanos, se inscribió el nacimiento del menor, figurando como madre legal la madre comitente de nacionalidad española y como abuelos, los padres de la madre comitente, ambos de nacionalidad española. Sin embargo, el Registro Civil Central español denegó la inscripción de nacimiento “*sin perjuicio de que pueda la promotora solicitar la incoación de expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor*”¹¹.

No obstante, tras su nacimiento, el menor viajó a España con la madre comitente residiendo, desde entonces bajo su cuidado en el domicilio familiar, en el que convive junto al abuelo del niño, por lo que –según manifiesta en su demanda en Primera Instancia– la madre del menor viene ejerciendo de modo real y efectivo como tal, a quien atiende, en todo, de acuerdo a sus necesidades. Además, tiene la consideración de madre legal a todos los efectos para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta el menor, pues no se le ha concedido la nacionalidad española. El abuelo, conviviente junto a la hija y el menor, colabora en su cuidado y atenciones¹².

6. En primer lugar, se debe aclarar que, tal y como señala el Tribunal Supremo, no se está solicitando el reconocimiento de la certificación registral mexicana de nacimiento del menor, puesto que esta solicitud ya fue desestimada por el Registro Civil español en el 2015, año de nacimiento del menor¹³.

2014, *Menneson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

¹⁰ FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547). En relación a todas las cláusulas del contrato firmado entre ambas partes, *vid.* FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹¹ FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹² FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹³ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

En este sentido, para obtener el reconocimiento de la filiación de un menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero se deben cumplir los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010; siendo obligatorio la aportación de una sentencia judicial en la que se constaten los hechos con validez jurídica¹⁴. Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, como ocurre en Rusia o Ucrania¹⁵. Puede suceder incluso, que la filiación se acredite, exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar de nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad¹⁶. Si bien, aunque en el caso objeto de estudio no se señala nada sobre la existencia de una sentencia judicial que pueda ser objeto de reconocimiento –pues de hecho no se está solicitando el reconocimiento de la certificación registral de nacimiento mexicana– los datos de la madre gestante figuran en el contrato de gestación por sustitución aportado junto con la demanda, en el que además puede constatarse que ésta ha dado su consentimiento para la realización de dicha técnica de reproducción asistida.

7. Así pues, el abuelo del menor, lo que hace en Primera Instancia, es iniciar una reclamación de filiación *ex novo*, por posesión de estado, en el año 2018, cuando el menor contaba con 3 años de edad¹⁷. Esta cuestión que no es baladí, pues el momento de interposición de la demanda es importante a efectos de fijar en el tiempo los puntos de conexión establecidos por la norma de conflicto aplicable a la filiación natural, como se podrá comprobar más adelante. Esta pretensión es distinta a la que ya inició ante el Encargado del Registro Civil Central español en 2015 y que fue desestimada, tal y como se ha señalado antes.

En cualquier caso, el abuelo estaba legitimado para reclamar la filiación de su nieto, tal y como establece el art. 131¹⁸. Así que solicitaba, por tanto, la inscripción en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que se le pusieron al nacer; y que se condene a la madre a estar y pasar por dicha declaración de paternidad con las obligaciones asociadas a la condición de madre. Sin embargo, también fue desestimada esta demanda y en la misma línea que el Encargado del Registro Civil español, se le instó a solicitar la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y, una vez declarada la filiación por adopción, poder inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que se le pusieron al nacer¹⁹.

¹⁴ Para un análisis de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, *vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 87-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1885.

¹⁵ En relación con el reconocimiento de la filiación a favor de mujer española de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución, *vid.* SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). En este sentido, la madre comitente, vio desestimada su demanda ante los tribunales rusos, que no reconocieron la filiación de la menor a favor de la demandante, porque ya poseía una certificación de nacimiento en la que constaba como madre de la menor, que se había efectuado de acuerdo con la legislación rusa y que hacía innecesaria su intervención (FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294)). En esta misma línea interpretativa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid les denegó a los padres comitentes españoles el salvoconducto para el menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en Rusia, pues era necesario que existiese una resolución judicial que declarase la filiación del menor; con el fin de acreditar que la solicitud formulada se hizo en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor nacido en Rusia (FD VII STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de marzo de 2017 (CENDOJ 28079330012017100034) (ECLI:ES:TSJM:2017:1247)).

¹⁶ Es lo que sucede en Ucrania, país en el que los jueces carecen de competencia objetiva para dictar una sentencia en la que se declare la paternidad de los nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1884).

¹⁷ Además de deducirse de los documentos aportados, la edad del menor en el momento de interposición de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia la señala el abuelo en su demanda de reclamación de filiación, *vid.* FD I SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹⁸ El primer párrafo del art. 131 CC señala: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”.

¹⁹ Antecedente de hecho ISTS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

En definitiva, el demandante acierta al iniciar una acción de filiación *ex novo*, puesto que, si no existe una sentencia judicial extranjera que constate la validez jurídica de unos hechos, no es posible lograr en España el reconocimiento de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada en el extranjero; tal y como establece la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010²⁰.

1. Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado

8. El abuelo del menor interpuso recurso de apelación en el que alegó que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe realizar una interpretación amplia de los arts. 10.2 y 10.3 de la Ley 14/2006. Invocó la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica. Como debido a la edad de la madre no era posible adopción, debía estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues si no, en caso contrario se estaba causando un grave perjuicio al niño, que carecía de DNI y NIE, y se le privaba de los efectos derivados de la filiación.

La madre del menor se adhirió al recurso de apelación del abuelo, y alegó que había efectuado un reconocimiento expreso de su maternidad ante las autoridades mexicanas, con las debidas garantías. Además, como el menor era ciudadano mejicano debían aplicarse las normas contenidas en los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil, por lo que su filiación debía venir determinada por la que su ley personal determina, es decir, la maternidad de la demandada²¹. Sobre la norma de conflicto que regula la filiación, que es art. 9.4 CC, no el art. 9.1 CC, se volverá más adelante, en los argumentos del fallo del Tribunal Supremo sobre este asunto. Pero, no tiene sentido la alusión al 9.1 CC, que es un precepto que establece la ley personal y que, en el caso del menor, efectivamente, es la ley mexicana porque éste es nacional mexicano; pero que, como se podrá comprobar, no es la ley mexicana la ley aplicable a la filiación.

9. En cualquier caso, en Segunda Instancia, los tribunales le dieron la razón al abuelo y a la madre del menor. La Audiencia Provincial consideró que, según lo exigido por la jurisprudencia para valorar la posesión de estado, se había acreditado un comportamiento de la demandada congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, teniendo en cuenta el superior interés del menor²².

Entre la diversa jurisprudencia expuesta, mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018 sobre el concepto y características de la posesión de estado: “...b) *El concepto de posesión de estado es una quaestio iuris y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión*

²⁰ Sin embargo, en el caso de la SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021, el Juzgado de Primera Instancia, –y luego la Audiencia Provincial de Islas Baleares apoyándose en argumentos similares– otorga la filiación a favor de la madre comitente de una niña nacida en Rusia utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, –en conjunción con el art. 96.2, d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil–, reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones extranjeras. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada, tratándose por tanto de la técnica jurídica del conflicto de leyes (FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294)).

²¹ FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

²² FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

*de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus*²³.

También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, que basándose en el instituto de la posesión de estado, en relación con un supuesto próximo pero no idéntico al que se plantea en el presente análisis, señaló que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, derivado del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para valorar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica²⁴.

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, en un caso de filiación matrimonial de personas del mismo sexo en el que se debate la compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y el art. 7.3 de la Ley 14/2006 señaló: “(...) sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida (...) hasta el punto dice la sentencia recurrida, que dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escaso o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige (...) Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad”²⁵.

En aras de reforzar el concepto de posesión de estado, recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 2022, ha señalado, en relación a un asunto en el que la persona que reclama la paternidad no se ha implicado ni económicamente, ni personalmente con el niño, que los actos esporádicos no constituyen posesión de estado, sino que ésta requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo cual es exigido por la jurisprudencia y además conecta con el interés del menor. Sin embargo, matizando lo señalado en su Sentencia de 5 de diciembre de 2013, el Alto Tribunal recuerda que, si bien el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado. La Sala considera que el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso concreto²⁶.

Pero esta situación no es la que acontece en el asunto que está siendo objeto de análisis, pues tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vivida”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sobre el asunto *Menesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica”²⁷. En definitiva, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018²⁸. De hecho, en el interrogatorio practicado en la Primera Instancia, la madre comitente señala que se hizo cargo del menor desde su nacimiento, a su llegada a España, del ingreso en la guardería, donde no ha tenido problemas en esas gestiones porque la gente le ha ayudado. Así pues, todos reconocen al menor como su hijo y a su padre como el abuelo del menor²⁹.

²³ FD II STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2018, de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617). *Vid.* FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁴ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 836/2013, de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:608). *Vid.* FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁵ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 740/2013, de 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765). *Vid.* FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁶ FD V STS (Sala de lo Civil) núm. 45/2022, de 27 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:243).

²⁷ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

²⁸ FD II STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2018, de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).

²⁹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “*el menor sea tenido por hijo*”³⁰. Efectivamente, el art. 131 CC entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

Sin embargo, para la Audiencia Provincial lo importante es que queda probada la posesión de estado, que tampoco es discutida por el Ministerio Fiscal, constando debidamente acreditado para el Juzgado de Primera Instancia que: “*No es controvertido que Imanol es miembro de la familia formada por doña Rosaura y sus padres, el menor tiene por madre a aquélla y por abuelos a éstos, y el entorno social de doña Rosaura - sin cuestionarse si el menor tiene o no reconocida la filiación jurídica - considera al menor como miembro integrante de la familia; y también lo reconocen como perteneciente al núcleo familiar el centro educativo privado o la administración sanitaria (...)*”³¹.

Por lo tanto, la Audiencia Provincial considera que para el interés real del menor lo mejor es preservar las vinculaciones alcanzadas en esa unidad y estabilidad familiar que integran y refuerzan la posesión de estado, tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción (art. 131 del CC), como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada (art. 767 de la LEC).

Además, no es posible acogerse a las soluciones planteadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, pues en este caso no se cumplen ni los requisitos que establece la Ley española en materia de acogimiento, ni los existentes en materia de adopción³². En consecuencia, la Audiencia Provincial considera lógico estimar la solicitud planteada, pues, presenta una íntima conexión con la fórmula que establece el TEDH en sus diferentes sentencias, más concretamente en el Dictamen de la Gran Sala de 10 de abril de 2019³³. Dicho Dictamen establece la exigencia de tener en cuenta el interés superior del niño y el reconocimiento de la relación legalmente establecida en el extranjero cuando ésta se haya convertido en una “*realidad práctica*”; lo cual enlaza perfectamente con los requisitos que deben cumplirse para que la posesión de estado pueda acreditarse y los hechos probados en relación a la misma³⁴.

10. Así pues, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se les reconoce a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida como hijos naturales³⁵. Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español.

Así en esta misma línea interpretativa, la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021 –en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña, no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la niña–, señaló que únicamente el mantenimiento de la menor en el entorno familiar en el que vive y que conoce, que es el de la madre comitente, y el establecimiento de la filiación pretendida, puede aportar a la niña la seguridad jurídica y estabilidad necesarias para que la menor pueda seguir desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida, físicos, intelectuales y emocionales. Por ello, acuerda proceder a la inscripción solicitada, atendiendo al

³⁰ FD IV SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³¹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³² FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³³ FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³⁴ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³⁵ En este sentido *vid.* SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547); SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

principio de superior interés de la niña, que pasa por “*dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento*”, teniendo en cuenta también la posesión de estado, lo cual favorece a la demandante³⁶. Si bien en este asunto no sé alegó únicamente posesión de estado para el reconocimiento de la filiación, aunque esta cuestión no se pasará a explicar, pues excede la materia objeto de estudio en este apartado, la posesión de estado. De hecho, esta sentencia puede ser objeto de recurso de casación por el Ministerio Fiscal y que esté pendiente de dirimirse ante el Tribunal Supremo.

En relación precisamente a la posesión de estado, en el Auto de 2 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo afirma que el reconocimiento o establecimiento de la filiación, puede derivar de la adopción, pero, también, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor³⁷.

Se debe decir en este punto que, la regulación del Reino Unido en materia de gestación por sustitución, obliga a los padres comitentes en la mayoría de los casos a solicitar una orden parental o *parental order*. Pues bien, esta orden parental proporciona al niño un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad y que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado. Por lo que la orden parental cumple mejor con el bienestar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte³⁸. Por lo tanto, si en España se regulase en algún momento la gestación por sustitución, se podría reflejar en sus certificados de nacimiento que los niños han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, con la actual regulación, la solución ofrecida a los demandantes por el Tribunal Supremo es la del recurso a la adopción o incluso al acogimiento, tal y como se recoge en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, que está siendo objeto del presente análisis.

11. Por su parte, tras interponer el Ministerio Fiscal recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo, procede a determinar la ley aplicable a la filiación internacional, y para ello señala que es de aplicación el art. 9.4.I CC. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia³⁹. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción⁴⁰. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2008, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía 3 años y residía en España⁴¹.

Ahora bien, siguiendo con los puntos de conexión jerárquicos que recoge la redacción del art. 9.4.I CC y teniendo en cuenta que es una norma materialmente orientada, si mediante la ley designada

³⁶ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁷ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). *Vid.* Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)

³⁸ *CC v. DD* (2014) EWHC 1307 (Fam). *Vid.* M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, pp. 159-160.

³⁹ FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁰ La redacción actual del precepto conforme a la modificación realizada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29 julio 2015). Si bien, la anterior redacción del art. 9.4 CC, tampoco era muy diferente a la actual, pues establecía los mismos puntos de conexión, tales como nacionalidad del hijo, residencia habitual del hijo y ley sustantiva española, que también son jerárquicos; pero una de las diferencias fundamentales de ambos preceptos se encuentra en que en la anterior redacción del 9.4 CC, la ley de la nacionalidad del hijo es el primer punto de conexión, no el segundo punto de conexión, que es como aparece en la redacción actual del 9.4 CC. *Vid.* FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴¹ Sobre el conflicto móvil en relación con el 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1817-1820.

por la ley española –ley de la residencia habitual del hijo– no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión, la ley nacional del hijo. Como la redacción del precepto es excesivamente genérica, no se especifica la causa por la que la ley del país de la residencia habitual del hijo no permite la filiación, pues, no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, como sucede en los casos de filiación incestuosa⁴².

Así que, siguiendo con el caso objeto de análisis, la ley española, como ley de la residencia habitual del hijo no permite establecer la filiación de éste con respecto a la madre comitente, en virtud del art. 10.2 de la Ley 14/2006, que señala que la filiación le corresponde a la mujer que ha dado a luz. Por lo que se pasaría al segundo punto de conexión, que es la ley nacional del hijo, como el hijo es mexicano, entonces será de aplicación la ley mexicana, que sí permite el establecimiento de la filiación del menor a favor de la madre comitente. Sin embargo, se activaría la cláusula de orden público internacional español (art. 12.3 CC), ya que la Ley imperativa española estima que es contrario a Derecho que se otorgue la filiación a los padres comitentes sobre un menor nacido mediante gestación sustitución. De modo, que se pasaría al tercer y último punto de conexión, que nos llevaría a la ley material española como ley aplicable a la filiación, que no permite acreditar la filiación.

En definitiva, en casos como el planteado, tampoco la orientación material del art. 9.4.I CC garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo. Así pues, tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley extranjera permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrante contra la madre gestante o contra el menor. Así, por ejemplo, la Ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en la Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante⁴³. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución. Pero, de todos modos, el problema sería el mismo que intenta resolver el Tribunal Supremo, el de ofrecer una solución legal en España a unos niños en lo que a la determinación de la filiación se refiere, que ya han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo no se plantea la denominada “paradoja conflictual circular”, pero llega a la misma conclusión, que la ley que rige la determinación de la filiación es la ley española⁴⁴. Como bien señala el Tribunal Supremo no se puede pretender que se aplique la ley española en lo que interesa al demandante –cuando alega posesión de estado en virtud del art. 131 CC de la ley española– y en lo que no interesa no –en relación con la no aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 porque es la ley mexicana la que rige la filiación–⁴⁵.

12. Aunque efectivamente la ley española no permite determinar la filiación del menor a favor de la madre comitente, el Tribunal Supremo procede a realizar un balance entre la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, y el interés superior del menor, para llegar a emitir el fallo de la sentencia.

⁴² Para un análisis en profundidad de la orientación material del art. 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1821-1829.

⁴³ En relación a las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución legales válidas bajo la ley mexicana, *vid.* FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1823.

⁴⁵ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

2. Vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño

13. Tal y como señala el Tribunal Supremo, tanto en esta sentencia como en su jurisprudencia anterior, la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos⁴⁶. Por lo que, si en España se procediera a una regulación de la gestación por sustitución altruista, como la del Reino Unido, las parejas no se verían obligadas a recurrir a la gestación subrogada en Estados cuya legislación contempla la realización de este tipo de contratos de carácter comercial.

En relación al caso que nos ocupa, el art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño establece que: “*Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*”⁴⁷.

Al respecto, también señala el Tribunal Supremo que la prohibición de la venta de niños también está recogida en el art. 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En su art. 2.a) se define la venta de niños como “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”⁴⁸.

Así destaca el Tribunal Supremo, el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, presentado en la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018. En el mismo, aclara que la expresión “*para cualquier fin o en cualquier forma*” que emplea el art. 35 de la Convención, no implica que la gestación por sustitución constituya una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Así pues, la gestación por sustitución comercial encaja en la definición de “venta de niños” del art. 2.a) del Protocolo Facultativo, pues concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) remuneración o cualquier otra retribución; b) el traslado del niño (de la mujer gestante a los padres comitentes); y c) el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga a la madre gestante puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. En definitiva, resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño –y puede serlo también para su integridad física como consecuencia de la falta de control de la idoneidad de los padres comitentes– que se le considere como objeto de un contrato, a la vez que atenta contra su derecho a conocer su origen biológico⁴⁹.

14. Para el Tribunal Supremo, las vulneraciones de los derechos de la madre gestante y del niño que se describen en dicho informe de la Relatora Especial de la ONU concurren en el caso objeto del recurso. El contrato de gestación por sustitución firmado tiene las características comunes a estos contratos, expuestas no sólo en dicho Informe de la Relatora Especial, sino en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017, así como en otros informes encargados por instituciones públicas y en la mayoría de la literatura científica existente sobre esta cuestión⁵⁰. Aunque también existe mucha doctrina científica que aborda la necesidad de regular este tipo de contratos, que son una realidad, mediante legislaciones nacionales de los distintos

⁴⁶ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁷ Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

⁴⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE núm. 27, 31 enero 2002, pp. 3017-3021.

⁴⁹ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁰ *Id.* Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada del año 2017, pp. 1-92, disponible en línea en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (consultado el 24 de julio de 2022).

Estados⁵¹; de esta forma cada regulación se adaptaría a los principios fundamentales de cada sociedad, sin dañar su cohesión; puesto que la propuesta de legislar la gestación por sustitución mediante una Convención internacional no ha tenido mucho éxito⁵².

En definitiva, el Tribunal Supremo señala que “*Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad*”⁵³.

Si bien se debe decir que la Ley mexicana en materia de gestación por sustitución es de la menos garantistas con la madre y con el niño, a la vista de las cláusulas recogidas en el contrato de gestación por sustitución que el Tribunal Supremo recoge en la sentencia que se está analizando. Por ello, si existiese una regulación sobre la materia en España, se podrían mitigar en parte los efectos negativos de dichos contratos, si se realizasen bajo una ley española de gestación por sustitución, que garantizase los derechos de las partes implicadas.

15. Pese a lo expuesto respecto de la vulneración de los derechos fundamentales de la gestante y del niño que suponen los contratos de gestación por sustitución como el concertado en este caso, el Tribunal Supremo señala de manera acertada que la realidad es más compleja⁵⁴. Por lo que procede a dar una solución a la demanda planteada por la madre comitente y el abuelo del menor.

3. Reconocimiento de la filiación adoptiva en interés superior del menor

16. El Tribunal Supremo, a pesar de lo señalado anteriormente, constata una realidad, que no es otra, que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución —a pesar de las normas

⁵¹ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, n° 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 1-42; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, n° 2, octubre 2009, pp. 294-319; *Id.*, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, n° 1, marzo 2011, pp. 247-262; E. FARNÓS AMORÓS, “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, mayo de 2011, pp. 153-181; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 1-102; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014, pp. 897-934; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 5-49; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 147-174; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n° 2, octubre 2015, pp. 45-113; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 9099, 14 diciembre 2017, pp. 1-24; E. FARNÓS AMORÓS, “Los acuerdos de gestación por sustitución: análisis a partir de una propuesta de regulación”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 119-141; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1865-1903.

⁵² Desde 2010, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado está trabajando en el proyecto “Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución”, que ha derivado en varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH), concretamente están accesibles en línea en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (consultado el 24 de julio de 2022).

⁵³ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁴ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

legales y convencionales señaladas—, entra en España sin problemas y termina por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado⁵⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe, es decir, si el menor tiene relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial, en ese caso tiene que buscarse una solución tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, partiendo de este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos⁵⁶. Se ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto, inclusive, en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y estos tengan una duración relevante⁵⁷. Así lo exige, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁸; y por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que de conformidad con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro del cual tiene especial relevancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar⁵⁹.

17. Pues bien, el Tribunal Supremo señala que el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006. Ahora bien, cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción⁶⁰.

Sin embargo, se le olvida al Tribunal Supremo mencionar que cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante⁶¹.

Precisamente la solución de la adopción es la que se viene ofreciendo al cónyuge o pareja del padre biológico del niño nacido mediante gestación por sustitución, tal y como se desprende de la jurisprudencia reciente, sobre todo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁶². De hecho, incluso antes de dicha sentencia, la doctrina consideraba posible que, también por medio de la adopción y de conformidad con la legislación, aun utilizando la técnica de la gestación por sustitución, se determinase la filiación a favor de los comitentes⁶³. Conforme al propio art. 10.3 de la Ley 14/2006, el varón que fuera el padre biológico del menor nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la

⁵⁵ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

⁵⁷ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 140, 151 y ss.; STEDH 18 mayo 2021, *Valdis Fjölvisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), apartado 62.

⁵⁸ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, 23 julio 2015, pp. 61871-61889. En adelante Ley 8/2015.

⁵⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, (BOE núm. 243, 10 octubre 1979), en vigor para España desde el 4 de octubre de 1979.

⁶⁰ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁶¹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

⁶² STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁶³ C. LASAREZ ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 322-325; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 76.

paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3 CC), el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC⁶⁴.

18. La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia⁶⁵. Si bien, en el caso de España, los procedimientos de adopción no cumplen estas condiciones.

No obstante, el Tribunal Supremo añade que la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor, sino como actuaciones encaminadas a protegerlo⁶⁶. Además, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión que recoge el art. 176.2.3.º CC⁶⁷. Evidentemente si tuviera que iniciarse el procedimiento de adopción podría darse la paradoja de que la madre comitente no obtuviera el certificado de idoneidad, existiendo la posibilidad de que se diera en adopción a otra familia.

Por último, –y aquí viene lo más sorprendente–, es que el Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto, si se tiene en cuenta el art. 176.2.3.º CC en relación con el art. 237 CC⁶⁸; sobre todo cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados del que es objeto desde hace bastante tiempo.

En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–, cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo propone.

19. Para el Tribunal Supremo, concluyendo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar

⁶⁴ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*; Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 76; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi*, núm. 9, 2014, p. 3; M.-J. CABEZUDO BAJO, “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Dykinson, n.º 46, enero-junio 2017, p. 105.

⁶⁵ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n.º P16-2018-001).

⁶⁶ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁶⁷ Este precepto señala que no se requerirá propuesta previa de adopción si el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Efectivamente, podría entenderse que esta circunstancia última se ha dado en el caso objeto de estudio, por lo que no sería necesario la propuesta de adopción.

⁶⁸ Se entiende que hace referencia concretamente al art. 237.1 CC: “Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores”.

los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general⁶⁹. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo– tales derechos resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial, ya que, con el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución.

En este sentido, una de las soluciones sería perseguir legalmente a dichas agencias intermediarias de las que se puede encontrar fácilmente publicidad –y no a los padres–; empresas que, efectivamente, a través de sus anuncios sí que vienen a denigrar tanto a la madre gestante como al niño, lo cual también pone de manifiesto el Tribunal Supremo⁷⁰. No se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

20. Debe observarse que la jurisprudencia que menciona el Tribunal Supremo para no proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente, sino de la filiación adoptiva son la Sentencia de la Gran Sala del TEDH, asunto *Paradiso y Campanelli*, de 24 de enero de 2017, y la Sentencia del TEDH, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, de 18 de mayo de 2021⁷¹. En el caso *Paradiso y Campanelli*, la Gran Sala del TEDH fallaba a favor de las autoridades italianas que declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los padres comitentes, dos cónyuges italianos que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. La Gran Sala se apartó así de la interpretación realizada por la Sección 2^a y consideró que la actuación de las autoridades italianas no vulneraba el art. 8 del CEDH. Así pues, no existía interferencia en la vida familiar de los comitentes porque no existía un núcleo familiar de facto, mientras que la injerencia en su vida privada se encontraba justificada⁷².

Mientras que en el asunto *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, el TEDH indicó que el Estado islandés respetó la vida familiar de las dos mujeres islandesas y del menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en California. En efecto, el menor fue acogido legalmente por ambas mujeres y vivía con ellas todos los días. Del mismo modo, el TEDH subrayó que el Estado islandés possibilitó la adopción del menor por las dos mujeres islandesas en Islandia: “*de esta forma, el Estado demandado adoptó medidas para garantizar que los tres demandantes pudieran seguir disfrutando de una vida familiar, a pesar del no reconocimiento del vínculo parental*”. Y todo ello, a pesar del posterior divorcio de las dos mujeres islandesas. Por tanto, el TEDH concluyó que no es necesario “*el reconocimiento de un vínculo parental formal*”, es decir, la transcripción en el Registro Civil islandés de la filiación establecida en el Registro Civil de California, de forma que los miembros de la familia siguen llevando una vida familiar en Islandia y las mujeres islandesas pueden adoptar al menor en Islandia⁷³.

Los ejemplos mencionados son, por tanto, dos casos, en el que, en el primero, con argumentos bastante difusos el TEDH le dio la razón a Italia, que había separado a los padres comitentes del menor de ocho meses, al considerar que no existía un núcleo familiar de facto, algo que era lógico que no se hubiese generado todavía, pues el menor era un bebé que no llegaba al año de vida; y en el segundo, el

⁶⁹ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 197, 202 y 203; STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), apartado 65.

⁷⁰ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ/2022/1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁷¹ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812); STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217).

⁷² E. FARNÓS-AMORÓS, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho(I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 20, 2017, disponible en línea en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017 (consultado el 25 de junio de 2022).

⁷³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución en California: el caso islandés (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor”, *www.accursio.com*, 14 febrero 2022, disponible en línea en <http://accursio.com/blog/?p=1440> (consultado el 20 de julio de 2022).

TEDH consideró que se estaba respetando el derecho a la vida familiar por parte de Islandia, a pesar de no proceder a la inscripción en el Registro Civil islandés de la filiación, tal y como se reflejaba en la certificación registral extranjera. Pero no menciona, por ejemplo, el asunto *Mennesson*, en el que finalmente tras el Dictamen del TEDH, el juez francés consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción⁷⁴.

21. Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021, en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña, no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor.

En este caso, tampoco era posible acogerse a las vías sugeridas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 para establecer la filiación entre la demandante y la menor, puesto que no existía padre biológico de la menor que fuese pareja de la madre comitente y que, por tanto, pudiese reclamar la filiación. Tampoco podía acudir a la adopción, puesto que existía una diferencia de edad entre la menor y la madre comitente de casi cuarenta y siete años, que excedía la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado establecida imperativamente por el art. 175.1 CC (cuarenta y cinco años). Por último, no podía acogerse a las excepciones recogidas en el art. 176.2 del CC, concretamente la tercera, porque la menor no se encontraba en situación de guarda con fines de adopción, ni la figura de la tutela era compatible con la realidad de la situación familiar existente, vivida por la niña junto con su madre comitente desde su nacimiento⁷⁵. Por ello, como se puede comprobar, en un asunto similar al planteado ante el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Islas Baleares procedió al reconocimiento de la filiación de la menor rusa a favor de la madre comitente española en los mismos términos en que constaba en la certificación registral de nacimiento rusa.

22. No obstante, para finalizar, la solución ofrecida por el Tribunal Supremo sigue la misma interpretativa que en su anterior sentencia de 6 de febrero de 2014. Además, con su decisión, el Tribunal Supremo respeta el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, que no obliga a que el reconocimiento de la filiación se realice a través de la transcripción de la certificación de nacimiento extranjera, sino conforme a las normas del Estado de reconocimiento de la misma; aunque, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, nada hubiera impedido al Tribunal Supremo que se decantara por la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*. Pues, la opción del acogimiento o de la adopción era la solución que habían propuesto a los demandantes, tanto el encargado del Registro Civil español en el año 2015; como el Juzgado de Primera Instancia, cuando se planteó la demanda ante tribunales españoles en el 2018.

III. Conclusiones

23. Aunque en Primera Instancia son rechazadas, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se procede a reconocer como hijos naturales a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

⁷⁴ STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001).

⁷⁵ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español; en vez de recurrir al reconocimiento de la certificación registral de nacimiento extranjera, que es lo que solicitaron los demandantes en el caso de los “niños de California” del que derivó la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

24. En cuanto a si se cumple o no la posesión de estado en el presente asunto, tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vívica”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sobre el asunto *Menesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica”. En este sentido, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018.

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “*el menor sea tenido por hijo*”. Efectivamente, el art. 131 CC entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

25. La ley aplicable a la filiación internacional, tal y como señala el Tribunal Supremo viene determina por el art. 9.4.I CC. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2008, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía 3 años y residía en España.

En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4.I CC en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley mexicana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrante contra la madre gestante o contra el menor. Así pues, la ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en las Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución.

26. Finalmente, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que

es reconocido por el art. 2 de la Ley 8/2015; y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad.

Pues bien, el Tribunal Supremo añade que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

No obstante, cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante. Si bien esta no es la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia. En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º. CC). Además, el Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º. CC en relación con el art. 237 CC).

27. Para el Tribunal Supremo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo–, con el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, que lesionan gravemente los derechos mencionados.

Sin embargo, no se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

28. En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–, cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo está poniendo de manifiesto.

Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021, en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña; no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor; y en los que el recurso de la adopción tampoco era posible.

29. Por último, es importante señalar que la regulación del Reino Unido en materia de gestación por sustitución de manera altruista, obliga a los padres comitentes en la mayoría de los casos a solicitar una orden parental o *parental order*. Pues bien, esta orden parental proporciona al niño un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad y que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado. Por lo que la orden

parental cumple mejor con el bienestar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte.

Por lo tanto, si en España se regulase en algún momento la gestación por sustitución, se podría reflejar en sus certificados de nacimiento que los niños han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, con la actual regulación, la solución ofrecida a los demandantes por el Tribunal Supremo es la del recurso a la adopción o incluso al acogimiento, tal y como se recoge en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y en la que es objeto de análisis, la Sentencia de 31 de marzo de 2022. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente.

En cualquier caso, la realidad es que ya sea, mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Así pues, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que evitar aplicar por analogía la normativa existente o estar incumpliendo las leyes sobre la adopción. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.

La gestación por sustitución caso por caso: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021

Case by case in surrogacy: regarding to the judgement of the Islas Baleares Provincial Court of 27th april 2021

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

orcid ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 24.07.2022 / Aceptado: 09.09.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7219

Resumen: La Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su Sentencia del 27 de abril de 2021, ha confirmado en apelación, que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia.

Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. Se trata por tanto de un caso completamente diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o ante el Tribunal Supremo.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley, orden público internacional, orden público europeo, interés superior del menor.

Abstract: The judgement of the Islas Baleares provincial court of 27th april 2021 has confirmed on appeal that a Spanish woman registers as her daughter a girl born through a surrogacy contract entered into in Russia.

This sentence is especially relevant, because the recognition of the parentage of a Russian minor in favor of the Spanish intending mother is being allowed, without, in principle, providing a judicial sentence in which the fact of the parentage is verified with validity legal; and without any biological link between the two. It is therefore a completely different case from those brought before the European Court of Human Rights or before the Supreme Court.

Keywords: surrogacy, surrogate mothers, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, *lex fori*, parentage, Private international law, *Forum Shopping*, evasion of the law, international public policy, european public policy, interests of the child.

Sumario: I. Introducción de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021. II. Análisis de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021. 1. Reconocimiento de la filiación mediante la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. 2. Determinación de la filiación ex novo por posesión de estado. 3. Análisis de la jurisprudencia del TS y del TEDH. 4. Imposibilidad de la adopción. III. Conclusiones

Introducción de la sap de islas baleares de 27 de abril de 2021

1. En su sentencia de 26 de septiembre de 2018, el Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares estableció la filiación materna a favor de una mujer española de una niña nacida en Rusia, mediante técnicas de reproducción asistida, más concretamente a través de un contrato de gestación por sustitución¹.

El Ministerio Público interpuso entonces recurso de apelación, al que se opuso la madre comitente de la niña nacida en Rusia².

2. La Audiencia Provincial de Islas Baleres procedió a resolver si efectivamente se le reconocía la filiación materna a la mujer española, como lo había hecho previamente el Juzgado de Primera Instancia, o se le denegaba dicha filiación.

Análisis de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021

3. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su Sentencia del 27 de abril de 2021, ha confirmado en apelación, que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia³.

La Sala establece la filiación materna de una menor que nació en Moscú de una mujer rusa, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que la niña carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera, que era, por tanto, la madre comitente.

4. Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. En mi opinión, de manera acertada, se ha procedido a un análisis del caso planteado, que es complementante diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Tribunal Supremo (TS)⁴.

Reconocimiento de la filiación mediante la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

5. Con el fin de cumplir con los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y poder realizar la inscripción de la filiación de la menor a su favor, la mujer española, demandó a los tribunales rusos, para obtener una sentencia que acreditara dicha filiación. Sin embargo, la madre comitente, vio desestimada su demanda ante los tribunales rusos, que no reconocieron la filiación de la menor a favor de la demandante, porque ya poseía una certificación de nacimiento en la que constaba como madre de la menor, que se había efectuado de acuerdo con la legislación rusa y que hacía innecesaria su intervención⁵.

¹ Antecedente de hecho I SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

² Antecedente de hecho II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³ SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁴ STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁵ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

No obstante, de forma errónea, la demanda es estimada con base en la citada Instrucción y añade el tribunal que considera posible y procedente una aplicación atenuada del orden público español de acuerdo con el principio de preservación del superior interés del menor⁶. Se equivoca en los argumentos para admitir la demanda el Juzgado de Primera Instancia, en primer lugar, porque la Instrucción de la DGRN está prevista para procedimientos de reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero en los supuestos en que además de la certificación registral extranjera, se tiene que aportar una sentencia judicial. Si bien luego se volverá sobre este asunto, para conocer por qué fue rechazada por parte de los tribunales de San Petesburgo la demanda de la madre comitente de obtener una sentencia en la que se constaten los hechos con validez jurídica.

En segundo lugar, porque la interpretación que hace del orden público atenuado es diferente de la que hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁷. Señalaba el Tribunal Supremo en el asunto de los “niños de California” que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, donde el grado de atenuación es menor, cuantos mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En dicho caso, como el supuesto tenía fuertes vínculos con España, porque en California sólo se llevó a cabo el contrato de maternidad subrogada, el orden público internacional español no podía “atenuarse”⁸. Si bien, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo está confundiendo el orden público internacional “atenuado” con el orden público internacional de “proximidad”⁹. No obstante, si tuviéramos en cuenta la interpretación del Tribunal Supremo en el asunto de la gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia procedería la misma solución que en el caso de los “niños de California”, de forma que no podría aplicarse un orden público atenuado, porque el supuesto tiene fuertes vínculos con España y en Rusia únicamente se ha llevado a cabo el contrato de gestación por sustitución.

6. Sin embargo, para entender en qué consiste el orden público internacional atenuado, este debe ser analizado en el contexto de la poligamia. Aunque a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no se les permiten determinados efectos jurídicos en España tales como la inscripción en el Registro Civil de los mismos, sí que se les permiten ciertos efectos legales en España. En este sentido sería injusto, sobre todo, para el resto de esposas que no son la primera, que el segundo o posteriores matrimonios fuesen considerados como totalmente inexistentes por el mero hecho de cruzar la frontera, especialmente cuando los contrayentes residen en Estados que admiten la poligamia o cuando la primera esposa es nacional de un Estado que admite la poligamia¹⁰. En definitiva, se trata de activar un orden público internacional español atenuado en relación con dichos matrimonios poligámicos. De manera que el orden público internacional impedirá ciertos efectos jurídicos del matrimonio poligámico, es decir los efectos nucleares, porque si fuesen admitidos en España dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Pero el orden público atenuado permitirá otros efectos jurídicos periféricos derivados de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir incidentalmente estos efectos jurídicos periféricos no dañan la cohesión de la sociedad española¹¹. Este orden público

⁶ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁷ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁸ FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 19-20. En relación con el orden público internacional de proximidad, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 91. También, A. QUIÑONES ESCÁMEZ confunde o quizás mezcla el orden público internacional atenuado –que distingue efectos nucleares de periféricos– con el de proximidad (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 19).

¹⁰ Esto por dos razones: porque dañaría la “estabilidad legal” de los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero y la seguridad jurídica; y porque el peligro para la organización moral y económica de la sociedad española es mucho menor si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero que si el matrimonio se pretende celebrar en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1414).

¹¹ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223; M. GARDEÑES

internacional atenuado frente a los matrimonios poligámicos es el que se ha mantenido en otros países europeos como Francia, no sólo en España¹².

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia en el caso de los “niños de California” negó la posibilidad de acudir a la figura del orden público atenuado, para permitir la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, tal y como se ha señalado en relación con la poligamia, que aunque está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento, se permiten ciertos efectos, los menos dañinos para la sociedad española, a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero¹³. Sin embargo, la Audiencia considera que como la filiación es una causa directa del contrato de gestación por sustitución, no puede realizarse la inscripción, pues afectaría a la cohesión de la sociedad española¹⁴. En mi opinión, la respuesta de dicho tribunal es acertada, puesto que la inscripción de la filiación en el Registro Civil, al igual que la anotación de las sucesivas esposas en el caso de los matrimonios poligámicos, debe ser considerado un efecto nuclear de la gestación por sustitución.

7. No obstante, el Ministerio Público recurre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y tras señalar que queda probado que la menor nació en Moscú en el 2015 mediante un proceso de gestación por sustitución, no se establece nada en la demanda en relación a que no hubiese aportación del material genético de la madre comitente¹⁵. Así pues, como no existe vinculación biológica de ésta con la menor, –requisito que según el Ministerio Fiscal es imprescindible para el ordenamiento jurídico de la Federación rusa–, no es posible reconocer la filiación por posesión de estado, puesto que ésta viene determinada por el parto, en virtud de los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, en relación con los arts. 113 y 131 CC, regulando estos últimos la posesión de estado¹⁶.

Sin embargo, la madre comitente señala que el Ministerio Fiscal no denunció en primera instancia el contenido de la documentación pública aportada, por lo que no puede hacerlo por primera vez con motivo de su recurso. Además, denuncia que el Ministerio Público observa incorrectamente el alcance de las sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución y manifiesta que la posesión de estado ha sido probada¹⁷.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Islas Baleares señala que el Ministerio Público no cuestiona en su recurso la admisión de pruebas en primera instancia, ni alega infracción de normas o garantías procesales, sino que plantea un error del juzgador en la valoración de las mismas de conformidad con la normativa de aplicación¹⁸. Efectivamente, en principio, tal error se produjo, porque el Juzgado de

SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-285; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1414-1415.

¹² M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-227; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDENES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-288; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1412-1423.

¹³ Sobre los efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, n° 1, marzo 2018, pp. 94-126; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1412-1423.

¹⁴ FD IV SAP núm. 826/2011 de 23 noviembre (AC\2011\1561). *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, p. 161.

¹⁵ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006. En adelante, se denominará Ley 14/2016. *Vid.* FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁷ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁸ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Primera Instancia reconoció la filiación de la menor a favor de la madre comitente, tal y como aparecía en el acta registral de nacimiento rusa, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sin la aportación de una sentencia en la que se constate la validez jurídica de unos hechos.

No obstante, la Audiencia Provincial añade que la razón por la que en la sentencia se desestima la demanda es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Tal y como expresa la misma sentencia, según la legislación de la Federación rusa, el Tribunal sólo constata los hechos con validez jurídica en el caso de que la parte demandante no pueda obtener por otros medios los documentos pertinentes que constaten tales hechos y cuando no exista la posibilidad de recuperar la documentación extraviada; supuestos que aquí no concurrían¹⁹.

Por lo tanto, concluye el Tribunal de San Petesburgo respondiendo a la demanda de la madre comitente que: “*Así, teniendo en cuenta lo expuesto y la instanciade la madre subrogada, se concluye que no existe fundamento para considerar que la inscripción en el acta de nacimiento de la demandante como madre de Rosario no se adecúa a la Ley de la Federación de Rusia*”²⁰. Basa su pronunciamiento en que según el certificado médico de nacimiento de 2015, la madre gestante dio a luz una niña, y que el 9 de julio de 2015, esta prestó el consentimiento que exige el art. 16, punto 5 de la Ley Federal de 15 de noviembre de 1997 n° 143-FZ “Sobre los actos relativos al estado civil”, para así proceder al registro público de nacimiento; y todo ello, por petición de los cónyuges que también prestaron su consentimiento para la implantación de un embrión a otra mujer para su gestación, y lo hicieron ante el organismo del Registro Civil, que inscribió en el año 2015 el nacimiento de la menor²¹.

Por lo tanto, para la Audiencia Provincial –la cual se pronunció en el mismo sentido que el Juzgado de Primera Instancia–, de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Pues bien, según la doctrina seguida de la Dirección General, la filiación en el Registro Civil español es posible a través del expediente en el que junto con la solicitud de inscripción se aporte una resolución judicial del tribunal extranjero competente que recoja: los datos personales de las partes, la circunstancia de que no se quebranta el interés superior del menor y el consentimiento libre y consciente de la madre gestante, con renuncia por su parte a la filiación; y todo ello sin perjuicio de que la resolución judicial puede ser analizada por parte del Encargado del Registro Civil para comprobar si se cumplen o no los requisitos señalados. Se trata por tanto de un control principalmente formal, que no entra a valorar el origen y el fondo de la situación, que es precisamente el recurso a la gestación por sustitución²². También añade la Audiencia Provincial que la renuncia a la maternidad por parte de la gestante no contradice el Derecho interno español, como se desprende entre otros del art. 45.3 de la

¹⁹ Concretamente hace referencia a lo dispuesto en los arts. 264.1 y 265 del Código de Enjuiciamiento Civil de la Federación de Rusia. *Vid.*, FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021\163294).

²⁰ Dicho tribunal realiza esta afirmación teniendo en cuenta el contrato de prestación de servicios firmado el 14 de enero de 2014 entre la madre comitente y la entidad MEDINSERVIS (agente ejecutor), en el que se estipuló que dicha sociedad se comprometía a buscar una madre subrogada (FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021\163294)).

²¹ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021\163294).

²² Precisamente una de las críticas que ha recibido la citada Instrucción de la DGRN es que no se ha incluido el orden público internacional como motivo de denegación del “reconocimiento incidental” de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. De forma que podría producirse la absurda situación de que, si en un futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase dicha “filiación múltiple” debería ser reconocida en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1885). También podría darse el caso de que la ley extranjera que contempla la gestación por sustitución contenga una disposición que por ser denigrante contra la madre gestante atentara contra el orden público internacional español. Así, por ejemplo, la Ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en la Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, como en la Instrucción no se contemplan el orden público internacional, el encargado del Registro Civil debería proceder al reconocimiento de dicha filiación. En relación a las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución legales válidas bajo la ley mexicana, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Ley 20/2011 del Registro Civil²³. Si bien en la fecha en que se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la madre gestante se encontraba en situación de rebeldía, puesto que no había sido localizada; lo cual no plantea ningún problema siempre que el consentimiento fuese irrevocable o que el plazo de revocabilidad hubiese transcurrido sin que la madre gestante lo hubiese ejercitado, de acuerdo con la legislación rusa, tal y como establece la citada Instrucción²⁴.

Sin embargo, precisamente una de las críticas que ha recibido dicha Instrucción de la DGRN es que es el encargado del Registro Civil español el que debe entrar a valorar si la sentencia tiene su origen en un procedimiento análogo de jurisdicción voluntaria –pues en caso contrario la sentencia debería presentarse a *exequatur*–, y a continuación, proceder a controlar incidentemente el reconocimiento de la resolución judicial. Una de las cuestiones que ha de valorar es que el tribunal ruso haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, –que si bien es un requisito criticable pues pretende imponer al resto de Estados los criterios de competencia españoles– no se establece nada al respecto, es decir, si el encargado del Registro Civil ha verificado este extremo. Otro de los aspectos que ha de controlar es que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, tal y como se ha señalado antes, algo que tampoco ha sido puesto de manifiesto en ningún momento²⁵. Es posible, por lo tanto, que para el encargado del Registro Civil español dicha sentencia rusa supere el control incidental, si bien, hubiera podido suceder que para cualquier otro encargado del Registro Civil en dicha sentencia no se hayan constatado los hechos con validez jurídica, puesto que en ella se está remitiendo a la certificación registral de nacimiento como título que le otorga validez jurídica a la filiación; aunque esto se deba a que la legislación rusa no lo permita. Luego la solución que ofrece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 estaría limitada a aquellos casos en los que la gestación por sustitución se ha efectuado en países en los que los tribunales dictan una sentencia judicial que acompaña al certificado de nacimiento del menor, como sucede en el Estado de California.

En este sentido, existen países donde no es posible obtener una sentencia judicial como en Ucrania, de forma que no es posible proceder al reconocimiento de la filiación recurriendo a la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010. Si bien, existe una gran diferencia con el caso suscitado, porque las actas del Registro Civil ucraniano se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad²⁶.

8. Por todo ello, la Audiencia Provincial de Islas Baleares considera acertado el reconocimiento de la filiación que realiza el Juzgado de Primera Instancia por aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. No entiende, por tanto, que el Ministerio Fiscal al impugnar dicha filiación afirme que considera de especial trascendencia que en el momento de solicitar el salvoconducto para la menor y de instar su inscripción en el Registro Civil Consular, la madre comitente manifestó en la entrevista ante funcionario público que los donantes del material genético reproductivo eran anónimos, de modo que la niña carecía de ligamen biológico con la demandante; de forma que modifica cualquier otra interpretación sobre la legalidad de la gestación por sustitución realizada hasta ese momento.

Sin embargo, el tribunal de San Petesburgo indica que tanto la gestación por sustitución como el certificado de nacimiento de la niña respetan la legislación de la Federación rusa, teniendo en cuenta que el art. 55 de la Ley federal rusa de 21 de noviembre de 2011 establece que pueden ser utilizados embriones

²³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011.

²⁴ J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1881.

²⁵ Para un análisis de la Instrucción de la de la DGRN de 5 de octubre de 2010, *vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 87-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1885.

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1885.

de donantes anónimos²⁷. Por lo que, para la Audiencia Provincial no puede afirmarse que se trate de una gestación por sustitución nula de pleno derecho desde la perspectiva del ordenamiento ruso, como señala el Ministerio Fiscal, y que como consecuencia de que la madre comitente es una mujer soltera, la gestación por sustitución hubiese sido legal en Rusia si el óvulo u óvulos fecundados e implantados a la madre gestante hubieran pertenecido a la madre comitente, para que quedase así acreditada su maternidad biológica. No obstante, tal y como señala la Audiencia Provincial, tal requisito no se contempla en la legislación rusa.

En mi opinión, el Ministerio Fiscal se equivoca en sus argumentos, pues el vínculo biológico no es necesario si, por la vía de la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, se solicita el reconocimiento de la filiación de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Sólo se justifica la necesidad de vínculo biológico en el caso de que se tratara de la reclamación de paternidad para los supuestos de gestación por sustitución, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; pues como ya se ha señalado anteriormente los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006 establecen que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y que la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución vendrá determinada por el parto; todo ello en el supuesto de que la madre gestante procediera a reclamar la filiación *ex novo*.

9. En cualquier caso, la demandante acierta al iniciar una acción de filiación *ex novo*, puesto que no pudo obtener una sentencia rusa en la que constara la filiación en los términos de la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, por lo que era probable que no se reconociera la filiación a favor de la madre comitente. Sin embargo, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial sí procedieron finalmente al reconocimiento de dicha filiación, aunque sólo se había aportado la certificación registral de nacimiento rusa de la menor y la sentencia en la que se denegaba su pretensión, pero que, por otra parte, otorgaba plena validez al certificado de nacimiento en el que constaba la filiación y todo ello a la luz de los datos del caso concreto.

Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado

10. El Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, –en conjunción con el art. 96.2, d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil–, reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones extranjeras –como ya se ha señalado en el apartado anterior–. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada;²⁸ así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional²⁹. En este sentido, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Esta distinción, sin embargo, sí que es realizada por el Tribunal Supremo de manera acertada en el caso de los “niños de California” en su Sentencia de 6 de febrero de 2014. Este señaló que la técnica jurídica que se debía utilizar no era la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, puesto que existía ya una decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California, cuando se inscribió el nacimiento de los niños y se determinó una filiación a favor de los padres comitentes, de acuerdo con las leyes californianas³⁰.

²⁷ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

²⁸ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

²⁹ Los tribunales españoles se pueden declarar competentes en virtud de los siguientes foros alternativos: residencia habitual del hijo o menor en España, nacionalidad española del demandante, residencia habitual en España del demandante o residencia de éste en España desde seis meses antes en el momento de la interposición de la demanda (art. 22 *quater* d) LOPJ); o domicilio del demandado (art. 22 ter.1 LOPJ).

³⁰ FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

11. En cualquier caso, la demandante lo que hizo es iniciar una acción de filiación, alegando entre otros argumentos posesión de estado. Si bien la posesión de estado fue rechazada por la Audiencia Provincial, porque, aunque ésta quedó acreditada por los hechos que se relatan, no bastaba por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contravenía lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006. Así pues, el art. 131 CC establece que la filiación manifestada por la constante posesión de estado no se puede reclamar en el caso de que ésta contradiga otra legalmente determinada. Como el art. 10.2 de la Ley 14/2006 señala que la madre gestante es la madre que da a luz, pues la reclamación de filiación por posesión de estado no puede ser concedida por la Audiencia Provincial al tratarse de filiaciones contradictorias.

Este argumento es un error del juez, puesto que, al tratarse de una filiación internacional, no procede la aplicación directa de la norma sustantiva española, sino que es de aplicación, el art. 9.4.I CC, que es la norma de conflicto que regula la filiación internacional. Sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley española, podría aplicarse la Ley 14/2006, como efectivamente sucede en este caso, pues la niña tiene su residencia habitual en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción³¹.

Ahora bien, siguiendo con los puntos de conexión jerárquicos que recoge la redacción del art. 9.4.I CC y teniendo en cuenta que es una norma materialmente orientada, si mediante la ley designada por el primer o segundo punto de conexión, no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión. Pero, según parte de la doctrina, no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, incluso desde la perspectiva del Derecho español. Así que si, como en el caso planteado, todos los puntos de conexión nos lleven a la Ley española, para el juez no es posible acreditar la filiación del nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, porque el Derecho español, concretamente el art. 10.2 de la Ley 14/2006, señala que corresponde a la mujer que ha dado a luz y no a la mujer que la ha contratado para llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución. Ahora bien, la redacción del art. 9.4.I CC es excesivamente genérica y no concede poder al juez para decidir si el no establecimiento de la filiación derivado de la aplicación de una concreta Ley estatal es o no es beneficioso para el hijo. En casos como el planteado, la orientación material no garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo³². Por lo tanto, si se atiende a esta interpretación del 9.4.I CC, no podría acreditarse la filiación de la menor, de manera que, en mi opinión, esta opción todavía es peor que con la anterior redacción del 9.4 CC, en la que al menos el padre comitente, si era el padre biológico, podrían ser considerado el padre legal.

12. La posesión de estado para la Audiencia Provincial quedó probada, pues se incorpora el alta en guardería en el año 2016, así como el alta de la niña en el Sistema Nacional de Salud. Además, está acreditado el empadronamiento de la niña desde el 24 de junio de 2016, y, además, convive no sólo con la madre comitente, sino con tres personas más, es decir, como señala la Audiencia Provincial: “*se trata de actos que persiguen la educación de la niña, la protección de su salud y su acogimiento permanente en un hogar familiar*”³³.

Sin embargo, no basta la posesión de estado por sí misma, en este caso, para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC en su segundo párrafo, porque chocaría con el art. 10.2 de

³¹ A efectos prácticos, se hace este análisis con la redacción actual del precepto conforme a la modificación realizada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (BOE núm. 180, 29 julio 2015). Si bien, en el momento en el que se inició la acción de filiación en el asunto que nos compete, en el año 2015, estaba en vigor la anterior redacción del art. 9.4 CC, que tampoco era muy diferente a la actual, pues establecía los mismos puntos de conexión, tales como nacionalidad del hijo, residencia habitual del hijo y ley sustantiva española, que también son jerárquicos; pero una de las diferencias fundamentales de ambos preceptos se encuentra en que en la anterior redacción del 9.4 CC, la ley de la nacionalidad del hijo es el primer punto de conexión, no el segundo punto de conexión, que es como aparece en la redacción actual del 9.4 CC.

³² Para un análisis en profundidad de la orientación material del art. 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1821-1829.

³³ FD VII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021\163294).

la Ley 14/2006, que señala que la filiación viene determinada por el parto en los supuestos de gestación subrogada³⁴.

No obstante, teniendo en cuenta que, en su opinión, se cumplían los requisitos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que la posesión de estado estaba probada y apoyándose en otros argumentos que se pasan a explicar a continuación, la Audiencia Provincial procedió al reconocimiento de la filiación a favor de la madre comitente como madre legal de la menor³⁵. Por lo tanto, también acaba realizando el mismo *totum revolutum* que el Juzgado de Primera Instancia, en lo que a la argumentación utilizada se refiere, con independencia de que el reconocimiento de dicha filiación a favor de la madre comitente fuese lo más apropiado teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor.

Análisis de la jurisprudencia del del TS y del TEDH

13. La Audiencia Provincial procede a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Así, de su sentencia de 6 de febrero de 2014 analiza los dos principios que entran en confrontación en los contratos de gestación por sustitución, que no son otros que el orden público internacional y el interés superior del menor.

Dentro del orden público internacional español están las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella, los que sostienen la filiación, pero también el art. 10 de la Ley 14/2006, que es la norma que regula la gestación por sustitución³⁶. En consecuencia, la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine³⁷.

En definitiva, aunque de la sentencia del tribunal de San Petesburgo no se desprende que la gestación por sustitución realizada pueda ser calificada como nula de acuerdo con el ordenamiento ruso, sí que es nulo dicho contrato bajo el ordenamiento español; en concreto, vulnera el citado art. 10 de la Ley 14/2006, la cual establece que en estos casos la filiación se determina por el parto, previéndose la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico.

14. En lo que respecta al principio de interés superior del menor recuerda la Audiencia Provincial que el Tribunal Supremo ya señaló en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 que este principio un concepto jurídico indeterminado que no permite su aplicación ciega. Dicho principio sirve para complementar las leyes, tanto en su aplicación como en su interpretación, de forma que la filiación deberá determinarse no sólo en atención a este principio sino también teniendo siempre presente la legislación del Ordenamiento Jurídico correspondiente. Es decir, la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada que se realice quebrantando las normas también supone un perjuicio para el menor. Por lo tanto, el principio de interés superior del menor no es el único que se debe tener en consideración, sino que se deben tener en cuenta otros principios como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación³⁸.

³⁴ FD VII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁵ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁶ Estos principios fundamentales que deben protegerse son: la dignidad de la persona (art. 10 CE), tanto de la mujer gestante como del hijo; la protección de la infancia (art. 39 CE); el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE); y el derecho a la integridad moral (art. 15 CE). *Vid.* FD III.5 y FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). También es considerado un acierto por parte de la doctrina que el art. 10 Ley 14/2006 no se haya aplicado como una norma internacionalmente imperativa, sino como una norma que forma parte del orden público internacional español (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 70-71).

³⁷ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁸ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Es necesario, por tanto, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique al menor, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico y que la protección del menor no se consigue mediante una aceptación acrítica del contrato de gestación por sustitución realizado en un país extranjero, sino partiendo de las previsiones legales y convenios aplicables en España y la jurisprudencia que los interpreta. Por ello, tiene en consideración que el TEDH, al interpretar el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señala que si existe una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar para permitir que ese vínculo se desarrolle y para proteger la integración del niño en su familia; tal y como se recoge en las sentencias *Wagner y otro contra Luxemburgo* y *Harroudj contra Francia*³⁹. Pero, siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDH, si el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

El Tribunal Supremo señala en este sentido además que en el ordenamiento español existen diversas instituciones que permiten el desarrollo y la protección de estos vínculos. En primer lugar, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los recurrentes lo fuera⁴⁰. En segundo lugar, señala el Tribunal Supremo “*figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar*”.

Además, el Tribunal Supremo establece que, de conformidad con el art. 7.1 de la CDN, el niño ha de ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a una nacionalidad, por lo que la denegación de reconocimiento de la certificación registral afectará exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de fecha 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones que se planteó frente a su Sentencia de 6 de febrero de 2014 dictaminó, que a diferencia de lo ocurrido con las sentencias del TEDH, casos *Menesson* y *Labassee*, no se había producido una vulneración del derecho a la identidad, ni del derecho al respeto de la vida privada de los menores por su no inscripción en el Registro Civil español⁴¹. En dicho Auto, el Tribunal Supremo ratifica el fallo de la Sentencia de 6 de febrero de 2014, donde si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, señala que: en cumplimiento del principio de superior interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él algún peligro; pero respetando los cauces previstos en el ordenamiento español, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y, en algunos supuestos, el acogimiento familiar⁴².

15. A continuación, la Audiencia Provincial, hace un análisis del Primer Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019⁴³. Dicho Dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución fue el resultado de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa, a raíz de la sentencia *Menesson contra Francia*. En dicha sentencia se señalaba que debía reconocerse la filiación de los padres comitentes en

³⁹ STEDH 28 junio 2007, *Wagner y otro c. Luxemburgo*, 76240/01 (JUR\2007\147388); STEDH 4 octubre 2012, *Harroudj c. Francia*, 43631/09 (TEDH\2012\89).

⁴⁰ El TS recuerda que el objeto del recurso no era adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los padres comitentes, sino el reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También señala que no ha quedado probado si alguno de los comitentes aportó sus gametos, puesto que, aunque se menciona en las alegaciones, ni se concreta cuál de ellos los habría aportado, ni menos aún se prueba cual sería el padre biológico de cada uno de los menores (FD V.11 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

⁴¹ Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141). *Vid. STEDH 26 junio 2014, Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111).

⁴² FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁴³ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001).

relación con dos menores nacidas mediante un contrato de sustitución en California, pero no decía realizarse. Dado que, durante el proceso, se había conseguido demostrar que el padre comitente era el padre biológico, se le daba la opción a la madre comitente de adoptar a las menores; algo que esta rechazó porque quería que se le reconociese como “madre legal”, pues así aparecía en las actas registrales de nacimiento extranjeras.

El TEDH tiene en cuenta dos factores para llegar a sus conclusiones: el primero de ellos es la preservación del superior interés del menor, que considera primordial; y el segundo se refiere al alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes de acuerdo con el art. 8 del CEDH⁴⁴.

En relación al interés superior del menor, recuerda el TEDH que la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero y la madre comitente, tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho del menor al respeto de su vida privada, pues coloca al niño en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad y así lo observó el Tribunal en sus sentencias *Mennesson y Labasse*⁴⁵. Los riesgos concretos para el menor consistirían en que se le niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la filiación; que se complique la permanencia del menor en el país de residencia de la madre comitente –aunque este riesgo no exista en el caso planteado porque el padre de intención que es el padre biológico tenga la nacionalidad francesa–; que los derechos sucesorios se vean disminuidos; que la relación con su madre pueda correr riesgo si los padres comitentes se separan o si el padre comitente fallece; y que el menor carezca de protección en el caso de que la madre comitente lo rechace o deje de ocuparse de él⁴⁶. Así pues, el TEDH considera que el no reconocimiento de la filiación cuando esta deriva de un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo de forma válida en el extranjero, es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

Ahora bien, una cuestión distinta es el margen de apreciación del que dispone cada Estado en lo relativo a la elección de los medios que permitan reconocer la relación jurídica entre el menor y la madre comitente. El TEDH afirma que existe un consenso europeo en cuanto al establecimiento o el reconocimiento del vínculo de filiación entre el menor y el padre de intención, pero las modalidades en que se realiza varían de Estado a Estado. Por lo tanto, la elección de los medios mediante los cuales sea posible el reconocimiento de dicho vínculo entran dentro del margen de apreciación de los Estados⁴⁷.

El TEDH señala que el respeto al principio de superior interés del niño –que se evaluará en concreto y no en abstracto–, implica que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible cuando tal relación se haya convertido en una realidad práctica, lo cual debe ser analizado por la autoridad de cada Estado⁴⁸. El interés superior del niño no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, implique obligatoriamente la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en el que se designa a la madre comitente como “madre legítima”. En este sentido, dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción⁴⁹. Esta misma interpretación fue realizada de nuevo por el TEDH en su Sentencia de 16 de julio de 2020 en el asunto *D c Francia*⁵⁰.

⁴⁴ *Idem*, apartado 37.

⁴⁵ STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111).

⁴⁶ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001), apartado 40.

⁴⁷ *Idem*, apartado 51.

⁴⁸ *Idem*, apartado 52.

⁴⁹ *Idem*, apartado 53.

⁵⁰ *Vid.* STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c Francia*, (JUR\2020\214195) (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818), apartados 66 y 67. En esta asunto, se desestimó la demanda de inscripción del acta de nacimiento de un niño nacido en el extranjero en el que se designaba como madre a la madre genética o biológica, pero que no había sido la madre gestante. La adopción fue el medio ofrecido para el reconocimiento del vínculo de filiación entre la madre de intención, que también era la biológica y el menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución; pues el padre de intención que también era el

16. En conclusión, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, tras un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo y del TEDH, especialmente de lo señalado en el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 concluye que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que haber un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. No obstante, este derecho no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro, sino que la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión; de modo que el niño no se encuentre durante un largo periodo de tiempo en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación; debiendo incluir estas condiciones una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso⁵¹.

Aunque el TEDH es consciente de los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación por sustitución y la posibilidad de conocer el origen de la persona, termina concluyendo que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como de asegurar que el menor crezca y se desarrolle en un entorno estable. Son estas las razones por las que el TEDH considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño⁵².

Imposibilidad de la adopción

17. Sin embargo, en el caso sometido a la consideración de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, no es posible acogerse a las vías sugeridas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 para establecer la filiación entre la demandante y la menor, puesto que no existe padre biológico de la menor que sea pareja de la madre comitente y que, por tanto, pudiese reclamar la filiación, adoptando a la niña. Tampoco puede acudir a la adopción, puesto que existe una diferencia de edad entre la menor y la madre comitente de casi cuarenta y siete años, que excede la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado establecida imperativamente en el art. 175.1 del CC (cuarenta y cinco años). Y tampoco podría acogerse a las excepciones recogidas en el art. 176.2 del CC, concretamente la tercera, porque la menor no se encuentra en situación de guarda con fines de adopción, ni la figura de la tutela resulta compatible con la realidad de la situación familiar existente, vivida por la niña junto con su madre comitente desde su nacimiento⁵³.

No obstante, considera la Audiencia Provincial en esta Sentencia de 27 de abril de 2021, que únicamente el mantenimiento de la menor en el entorno familiar en el que vive y que conoce, que es el de la madre intencional y el establecimiento de la filiación pretendida, puede aportar a la niña la seguridad jurídica y estabilidad necesarias para que la menor pueda seguir desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida, físicos, intelectuales y emocionales. Por ello, acuerda proceder a la inscripción solicitada, atendiendo al principio de superior interés de la niña, que pasa por “*dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento*”, teniendo en cuenta también la posesión de estado, lo cual favorece a la demandante⁵⁴. En relación a la posesión de estado, en el Auto de 2 de febrero de 2015 antes señalado, el Tribunal Supremo señala que el reconocimiento

padre biológico, sí que fue reconocido como tal. Sin embargo, esta opción de la adopción para la madre comitente fue rechazada por los padres comitentes que solicitaron la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera, alegando vulneración del art. 8 del TEDH. Pero, el TEDH determinó que no existía tal vulneración, puesto que los procedimientos de adopción plena tienen de una duración de alrededor de cuatro meses en Francia, por lo que había una celeridad razonable en los procedimientos de adopción plena en dicho Estado.

⁵¹ FD V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵² FD V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵³ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁴ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

o establecimiento de la filiación, puede proceder de la adopción, pero, también, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor⁵⁵.

18. Por lo tanto, las apreciaciones acerca del superior interés del menor realizadas por el Tribunal Supremo tanto en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 como en el Auto de 2 de febrero de 2015 son matizadas por la Audiencia Provincial a la vista de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁶.

Esta ley permite abordar este caso en concreto desde una perspectiva que complementa el criterio del Tribunal Supremo, que no pudo tener en cuenta dicho texto normativo. Así, en su art. 2.1 se establece de forma imperativa, la consideración de forma primordial y sobre cualquier otro legítimo, el interés superior de todo menor en las acciones y decisiones que le conciernan, tanto públicas como privadas. Así que la Audiencia Provincial considera que deben aplicarse los criterios establecidos en las letras a), c) y d) del art. 2.2 de dicha Ley para interpretar y aplicar este superior interés de la menor, junto con los elementos que proporciona el precepto 2.3. Tales preceptos se refieren a la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, que es el que tiene con la madre comitente desde su nacimiento, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito. De este modo también se consigue preservar la identidad, cultura, religión, convicciones de la menor, que ha podido ir adquiriendo y que únicamente han sido proporcionadas la madre comitente y sus familiares más cercanos que conviven con ellas⁵⁷.

Para proceder al reconocimiento de la filiación de la madre comitente en relación a la menor nacida en Rusia, se ha tenido en cuenta que la madre gestante, que tampoco tiene vinculación genética con la niña, se encuentra desaparecida de este procedimiento. Por un lado, la madre gestante no ha tenido intervención alguna ante los órganos jurisdiccionales de San Petesburgo y, por otro lado, no existe indicio de que se haya reivindicado como madre de la niña, ni que haya tenido algún tipo de relación con ella⁵⁸.

19. En definitiva, en esta sentencia pionera en España en materia de gestación por sustitución, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez analizado el caso concreto, es decir, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible.

Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente, tal y como aparece en la certificación registral rusa de nacimiento aportada por ella. En este asunto, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, teniendo en cuenta el interés superior del menor, sí permitió su inscripción, siguiendo la tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral. Esta es la tesis que al principio siguió la DGRN, concretamente en su Resolución de 18 de febrero de 2009, en relación con los “niños de California”⁵⁹.

⁵⁵ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). *Vid.* Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)

⁵⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, 23 de julio 2015, pp. 61871-61889. En adelante Ley 8/2015.

⁵⁷ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁸ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁹ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009).

III. Conclusiones

20. En primer lugar, ya el Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada; así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional. Por lo tanto, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Pues bien, la Audiencia Provincial de Islas Baleares viene a realizar algo parecido en la sentencia objeto de análisis. Por un lado, considera que, aunque el tribunal de San Petesburgo deniega a la demandante su solicitud de sentencia judicial, es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Por lo tanto, para la Audiencia Provincial, de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Si bien, la duda que surge en este punto es si efectivamente la sentencia del tribunal de San Petesburgo, en la que se desestima la demanda de la actora, deriva de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de forma que pueda superar los requisitos establecidos en la Instrucción y proceder al reconocimiento de la filiación recogida en el acta registral de nacimiento rusa. La solución a la disyuntiva por parte de la Audiencia Provincial ha sido en sentido positivo.

Pero, sin embargo, analiza la reclamación de filiación por posesión de estado. Sobre esta cuestión señala que, aunque esta ha quedado probada a lo largo del procedimiento, no basta por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contraviene lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006. Si bien la posesión de estado favorece a la demandante en aras del reconocimiento de la filiación de la madre comitente con respecto a la menor rusa.

Además, los argumentos posteriores están en consonancia con la solicitud de reconocimiento de la certificación de nacimiento extranjera, pues se analiza la jurisprudencia del TS y del TEDH en relación al principio del interés superior del menor; para llegar a la conclusión de que sí procede la inscripción como aparece en la certificación registral, porque en el caso planteado no se cumplen los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor, entre ellos la adopción.

En este mismo sentido, se debe recordar que, a raíz del Dictamen del TEDH, en relación al asunto *Mennesson*, el juez decidió proceder a la inscripción de la madre comitente de las niñas como madre legal, al considerar que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción.

En definitiva, todo este análisis que realiza la Audiencia Provincial y que se va a resumir a continuación, –al igual que como sucede con la reclamación de filiación por posesión de estado– es innecesario si es posible el reconocimiento incidental de la sentencia rusa de nacimiento de los menores, por medio de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

21. Por un lado, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha señalado que la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine. Si bien una vez que el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos –respeto a la

vida privada y familiar (art. 8 CEDH)—. Para ello, el ordenamiento español, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los padres comitentes lo fuera; y el que no fuera padre biológico, podría optar por figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares del 27 de abril de 2021, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente. Para ello, la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación del principio del interés superior del menor diferente a la del Tribunal Supremo, acorde a la concreción de dicho principio que contempla la Ley 8/2015. Así que, de acuerdo con dicha norma, en el supuesto objeto de estudio, se está preservando el interés superior del menor, pues se está favoreciendo la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito.

22. Por otro lado, tras el primer Dictamen del TEDH puede afirmarse que, aunque existe un limitado margen de discrecionalidad de los Estados miembros en el reconocimiento del vínculo de filiación, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la elección de los medios jurídicos para llevar a cabo el mismo, que bien puede tratarse de la adopción, siempre que se procure prontitud en el procedimiento. No se exige, por tanto, la inmediata inscripción de los datos que figuran en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil nacional correspondiente.

No obstante, las diferencias entre las soluciones adoptadas por el TEDH en los asuntos *Menesson* y *Labassee* y el Tribunal Supremo en el caso de los “niños de California”, no han resultado ser reales en la práctica, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH precisamente en relación con el asunto *Menesson*.

En su primer Dictamen en relación con la gestación por sustitución, el TEDH señala que el reconocimiento de la filiación de las hijas *Menesson* en relación con la madre comitente, no tiene que hacerse por la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino por cualquier otra vía como la adopción, siempre que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad del reconocimiento de la filiación, de conformidad con el interés superior del menor.

Si bien, la solución es similar a la ofrecida por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de la filiación a favor del padre que no resulte ser el padre biológico, es decir, que dichos padres comitentes no biológicos tienen la posibilidad el acogimiento o la adopción. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones es rápida en el ordenamiento español. En Francia por otro lado, aunque en el asunto *D c. Francia*, el TEDH señaló que la adopción plena tiene una duración de alrededor cuatro meses; en relación con el asunto *Menesson* el juez consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción.

Así pues, la diferencia entre el caso español y el francés es que en el caso francés, uno de los padres comitentes demostró a lo largo del procedimiento que era el padre biológico de los menores, mientras que en el caso español, esto no quedó probado, aunque sí que fue puesto de manifiesto a lo largo de las diferentes instancias que atravesó el asunto. Aunque el hecho de que ninguno de los padres comitentes sea el padre biológico del menor, no parece ser relevante para que exista un núcleo familiar de “facto” y se respete el derecho a la “vida privada y familiar”, de acuerdo con el art. 8 del TEDH; la realidad es que, la ausencia de carga genética en el menor fue uno de los motivos, entre otros, para que finalmente, el TEDH no considerara que había habido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar por el Estado italiano en el asunto *Paradiso Campanelli*.

En cualquier caso, el TEDH y el Tribunal Supremo sí que coinciden en que debe respetarse el núcleo familiar “de facto” constituido en el país de destino, siendo un medio idóneo para la protección del mismo, por ejemplo, la concesión del derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes. Precisamente, porque existía un núcleo familiar de “facto” en el Estado de origen, en esta sentencia objeto de estudio, se ha permitido la inscripción de la certificación registral de nacimiento de una niña nacida en Rusia mediante gestación por sustitución, en aras del principio del interés superior del menor. Para ello, se han tenido en cuenta todas las circunstancias del caso: no era posible recurrir a ninguna de las soluciones previstas por el Tribunal Supremo, dado que no se podía identificar al padre biológico, pues se trataba de un donante anónimo; y no se cumplían las condiciones legales para la adopción o el acogimiento bajo la legislación española. Así pues, tanto en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, como en la Sentencia de 16 de julio de 2020, asunto *D c. Francia*, los tribunales están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH a través de su jurisprudencia.

23. En definitiva, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021, en el que se trata de determinar la filiación de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución donde no ha habido ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la hija, ha venido a situar el principio del interés superior del menor por encima del orden público internacional español; si bien se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del asunto en cuestión.

¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY

Is nationality a discriminatory criterion in determining international jurisdiction in marital crises? Regarding the STJUE of February 10, 2022, case C-522/20, OE and VY

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 05.07.2022 / Aceptado: 05.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7220

Resumen: Por primera vez se plantea ante el TJUE si la utilización del criterio de la nacionalidad de uno de los cónyuges en un Estado miembro para exigir un periodo más breve de residencia habitual en dicho Estado miembro a la hora de determinar un criterio de competencia judicial internacional en crisis matrimoniales puede ser discriminatorio, ya que en otro foro, si no se es nacional de ese Estado, se exige un periodo más prologando de residencia. El TJUE considera que esta distinción no es discriminatoria, puesto que contempla diferentes realidades. En el caso de aunar nacionalidad y residencia, la previsibilidad y expectativas de las partes hace que sea posible exigir un periodo de residencia diferente.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, crisis matrimonial, principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

Abstract: For the first time, the CJEU has been asked whether the use of the criterion of the nationality of one of the spouses in a Member State to require a shorter period of habitual residence in that Member State when determining a criterion of international jurisdiction in matrimonial crises can be discriminatory, since in another forum, if one is not a national of that State, a longer period of residence is required. The CJEU considers that this distinction is not discriminatory, since it contemplates different realities. In the case of combining nationality and residence, the foreseeability and expectations of the parties make it possible to demand a different period of residence.

Keywords: International jurisdiction, marital crisis, principle of non-discrimination based on nationality.

Sumario: I. Introducción II. Hechos y cuestiones prejudiciales III. Fundamentación jurídica IV. Valoración.

I. Introducción

Apurándose ya la fecha de aplicación 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], llega al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) una cuestión en torno a la correcta formulación de los criterios de competencia judicial internacional en crisis matrimoniales. En concreto, se inquiere al Tribunal si el uso del criterio de nacionalidad para distinguir respecto del tiempo de residencia para otorgar competencia judicial internacional a un Estado miembro puede resultar discriminatorio.

Recordemos que los foros que se enumeran en el artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003, que han permanecido inalterados en la nueva versión del *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*² [en adelante, Reglamento (UE) 2019/1111], son foros alternativos y objetivos, por tanto, no hay prelación entre ellos y están basados en criterios territoriales en su mayoría y solo en dos de ellos aparece la nacionalidad como determinante de la competencia judicial internacional: es el caso de la nacionalidad común de los cónyuges [art. 3.1 b)] y el otro supuesto se refiere a la residencial habitual del demandante en caso de que sea nacional de ese Estado y haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda [art. 3.1 a) guion sexto].

Es precisamente este criterio, contrapuesto al foro que establece la competencia judicial internacional del Estado miembro de la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda [art. 3.1 a) guion quinto] el que provoca la controversia³.

II. Hechos y cuestiones prejudiciales

La cuestión tiene su origen en un litigio entre OE, nacional italiano y su esposa, VY, nacional alemana, en relación con una demanda de disolución de su matrimonio presentada ante los tribunales austriacos. Habían contraído matrimonio en Dublín (Irlanda).

Según consta en el expediente, OE había abandonado la residencia habitual común de la pareja, situada en Irlanda, en mayo de 2018 y vivía en Austria desde agosto de 2019. El 28 de febrero de 2020, es decir, tras un período de residencia de más de seis meses en Austria, OE presentó ante el Bezirksgericht Döbling (Tribunal de Distrito de Döbling, Austria) una demanda de disolución de su matrimonio con VY.

OE sostiene que un nacional de un Estado miembro distinto del Estado del foro puede invocar, sobre la base del respeto del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, tras haber residido únicamente seis meses en el territorio de este segundo Estado, inmediatamente antes de la presentación de su demanda de divorcio, la competencia de los tribunales de dicho Estado en virtud del artículo 3, apartado 1, letra a), guion sexto del Reglamento (CE) 2201/2003, lo que equivale a excluir la aplicación del quinto guion de dicha disposición, que exige que haya residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.

El tribunal del distrito de Döbling desestimó la demanda de OE, por considerar que no disponía de competencia judicial internacional para conocer en función de lo dispuesto en el Reglamento (CE)

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*.

² DO núm. 178, de 2 de julio de 2019.

³ Sobre esta sentencia, *vid.* también A. Font Segura, “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial. Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, OE y VY”, *La Ley Unión Europea*, núm. 103 mayo 2022.

2201/2003, aplicable al supuesto. Y argumentó que la distinción en función de la nacionalidad establecida en los guiones quinto y sexto del artículo 3 tiene por objeto evitar que un demandante obtenga, en fraude de ley, el reconocimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro. La decisión fue confirmada en apelación por el Tribunal Regional de lo Civil de Viena; decisión que OE recurrió en casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria.

A juicio del Tribunal Supremo austriaco la distinción establecida en el artículo 3.1 a) guion quinto y sexto, distinguiendo en función del periodo de residencia efectiva del interesado, se basa únicamente en el criterio de la nacionalidad, que no expresa una diferencia suficientemente pertinente por lo que respecta al grado de integración del interesado y a su relación de proximidad con el Estado del foro, poniendo de relieve que existen personas que han nacido y crecido en un Estado miembro sin poseer su nacionalidad y no por ello no tienen una relación de proximidad con ese Estado. Por lo que duda sobre la compatibilidad de la diferencia de trato que resulta de estas disposiciones del Reglamento con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Ante estas dudas, el Tribunal Supremo austriaco decidió suspender procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Vulnera el artículo 3.1 a) guion sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 el principio de no discriminación consagrado en el artículo 18 TFUE al exigir, para la atribución de la competencia a los tribunales del Estado miembro de residencia, un período de residencia del demandante más breve que el requerido en el mismo artículo 3.1 a) guion quinto, en función de cuál sea la nacionalidad del demandante?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Implica dicha vulneración del principio de no discriminación que, de conformidad con la regla general del artículo 3.1 a), guion quinto del Reglamento (CE) 2201/2003, respecto de cualquier demandante, independientemente de su nacionalidad, se requiere un período de residencia de doce meses para que pueda invocar la competencia de los tribunales de su lugar de residencia, o debe considerarse que el período de residencia exigido a cualquier demandante es el de seis meses?».

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado en el artículo 18 TFUE, se opone a que la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia, tal como se regula en el artículo 3, apartado 1, letra a), guion sexto del Reglamento (CE) 2201/2003, esté supeditada a una duración mínima de la residencia del demandante, inmediatamente antes de la presentación de su demanda, seis meses más breve que la establecida en el artículo 3.1 a), guion quinto de dicho Reglamento, por ser el interesado nacional de aquel Estado miembro.

Se trata, en consecuencia, de aclarar si OE fue discriminado al tener que residir un año en Austria para poder interponer la demanda de divorcio por el hecho de no poseer la nacionalidad austriaca, mientras que si hubiera tenido esa nacionalidad le hubieran bastado seis meses de residencia habitual para poder hacerlo. La cuestión es si ambas situaciones son o no comparables o, dicho de otro modo, si el elemento de la nacionalidad como distintivo del plazo de residencia está lo suficientemente justificado para descartar un trato discriminatorio en la configuración de los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento (CE) 2201/2003. Y es un elemento importante reseñar esto, que la distinción está en un Reglamento europeo, puesto que es obvio que en cuanto a los foros internos cada Estado tiene competencia para fijar los foros que considere. Pero cuando se trata de un texto europeo, es preciso descartar, *ad origine*, que no estamos ante un criterio de competencia judicial internacional discriminatorio⁴.

⁴ A. Font Segura, “La nacionalidad como factor distintivo...”, *loc. cit.*, p. 4.

III. Fundamentación jurídica

Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el principio de no discriminación o de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente⁵.

El carácter comparable de situaciones diferentes debe apreciarse sobre la base del conjunto de elementos que las caracterizan. Estos elementos deben determinarse y valorarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto de la Unión que establece la distinción de que se trate⁶. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión⁷.

Considera el TJUE que la diferencia en el período mínimo de residencia efectiva del demandante en el territorio del Estado miembro cuyos tribunales ejercen dicha competencia, inmediatamente antes de la presentación de su demanda, en función de si el demandante es o no nacional de ese Estado miembro, se basa en un elemento objetivo, necesariamente conocido por el cónyuge del solicitante, como es su nacionalidad.

A este respecto, desde el momento en el que un cónyuge, a raíz de una crisis conyugal, abandona la residencia habitual de la pareja y regresa al territorio del Estado miembro del que es nacional para fijar en él su nueva residencia habitual, el otro cónyuge puede esperar que, en su caso, se presente una demanda de disolución del vínculo matrimonial ante los tribunales de ese Estado miembro. Es un criterio entonces que se fundamenta, a juicio del TJUE, en la previsibilidad; en una expectativa razonable de que sea ese Estado en donde en su caso su expareja querrá litigar.

Dado que el respeto de la seguridad jurídica de este otro cónyuge está garantizado, al menos en parte, por el vínculo institucional y jurídico que supone la nacionalidad de su cónyuge respecto del Estado miembro cuyos tribunales ejercen la competencia para pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial en cuestión, apunta el TJUE que no resulta manifiestamente inadecuado que el legislador de la Unión haya tenido en cuenta dicho vínculo a la hora de determinar el período de residencia efectiva, exigida al demandante, en el territorio del Estado miembro del que es nacional, en cuanto que el propio vínculo permite distinguir la situación de dicho demandante de la de un demandante que no sea nacional del Estado miembro de que se trate⁸.

En el caso que analizamos, no puede reprocharse al legislador de la Unión haberse basado, en parte, a la hora de aplicar la norma de competencia del *forum actoris*, en el criterio de la nacionalidad del demandante, con el fin de facilitar la determinación del vínculo real con el Estado miembro cuyos tribunales ejercen la competencia para pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial en cuestión,

⁵ Vid, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 2020, asunto C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros*, C, EU:C:2020:1031, apartado 85 y de 25 de marzo de 2021, asunto C-517/19 P y C518/19 P, *Álvarez y Bejarano y otros/Comisión*, EU:C:2021:240, apartados 52 y 64.

⁶ Así, por ejemplo, en la STJUE de 16 de julio de 2009. Asunto C-168/08, *Hadadi* [ECLI:EU:C:2009:474], establece que “en el supuesto de doble nacionalidad común, el tribunal que conoce del asunto no puede pasar por alto el hecho de que los interesados posean la nacionalidad de otro Estado miembro, tratando de este modo a personas que tienen una doble nacionalidad común como si tuvieran únicamente la nacionalidad del Estado miembro al que pertenece dicho tribunal. En efecto, lo anterior tendría como consecuencia impedir que esas personas, en el marco de la norma transitoria de reconocimiento recogida en el artículo 64, apartado 4, del Reglamento n° 2201/2003, pudieran invocar ante un tribunal del Estado miembro requerido el artículo 3, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento a fin de determinar la competencia de los tribunales de otro Estado miembro, a pesar de que tales personas posean la nacionalidad de este último Estado” (f.j. 41). Vid. S. Álvarez González, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario La Ley*, núm. 7312, Sección Tribuna, 30 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-397. También de interés, la STJUE de 25 de noviembre de 2021, asunto C-289/20, *IB* [ECLI:EU:C:2021:955], que en un caso de múltiple residencia, consideró 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”. Vid. J. Maseda Rodríguez, “Competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales: cónyuge que comparte su vida en más de un Estado miembro y concepto de residencia habitual”, *La Ley: Unión Europea*, núm. 101, marzo 2022.

⁷ Vid, en particular, las sentencias de 6 de junio de 2019, asunto C264/18, *P. M. y otros*, EU:C:2019:472, apartado 29 y jurisprudencia citada, y de 19 de diciembre de 2019, asunto C460/18 P, *HK/Comisión*, EU:C:2019:1119, apartado 67.

⁸ J. Basedow, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, *Revue Critique du Droit International Privé*, 2010, vol. 3, pp. 427-456.

supeditando la admisibilidad de la demanda de disolución del vínculo matrimonial del demandante nacional de ese Estado miembro al cumplimiento de un período de residencia previa más breve que el que se exige a un demandante que no sea nacional de dicho Estado miembro.

De ello se deduce que, teniendo en cuenta el objetivo de garantizar que exista un vínculo real entre el demandante y el Estado miembro cuyos tribunales ejercen la competencia para pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial en cuestión, la distinción efectuada por el legislador de la Unión, sobre la base del criterio de la nacionalidad del demandante, en el artículo 3.1 a), guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 no constituye una diferencia de trato por razón de la nacionalidad prohibida por el artículo 18 TFUE.

Por todas estas consideraciones, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial sosteniendo que el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado en el artículo 18 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante, tal como se regula en el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion del Reglamento (CE) 2201/2003, esté supeditada a una duración mínima de la residencia del demandante, inmediatamente antes de la presentación de su demanda, seis meses más breve que la establecida en el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guion, de dicho Reglamento, por ser el interesado nacional de aquel Estado miembro. Por tanto, en razón de esta respuesta, el TJUE consideró que no procedía responder a la segunda cuestión⁹.

IV. Valoración

Quizás convenga comenzar por analizar cómo afectaría a la formulación de los criterios de competencia judicial internacional el hecho de que lo puesto de manifiesto por el demandante se considerara apropiado. En este caso, el mero hecho de residir durante seis meses en un Estado miembro justificaría un *forum actoris* a favor del demandante¹⁰. ¿No estaríamos entonces ante un foro exorbitante? El exigir un año de residencia habitual en el Estado miembro si no se es nacional de ese Estado, simplemente modula los criterios de acceso a la justicia en los Estados miembros¹¹, equilibrando las opciones de planteamiento de la demanda para ambos.

Hay que tener en cuenta, además, que estos foros, junto con los de la nacionalidad común, ya de por sí se consideran por parte del propio legislador europeo que desequilibran la balanza a favor del demandante. Así se deduce 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*¹², no contemplándose en estos casos una concentración automática de las cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial, al criterio utilizado como foro de competencia para la crisis matrimonial, sino que se exige la anuencia de ambos cónyuges para que esa concentración se produzca.

Esta diferenciación con los foros enumerados en los primeros cuatro guiones, foros más equilibrados, más razonables, implica que el resto de foros se han elaborado con el objetivo de proporcionar

⁹ En concreto, el fallo indica lo siguiente: “El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado en el artículo 18 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante, tal como se regula en el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion, 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, esté supeditada a una duración mínima de la residencia del demandante, inmediatamente antes de la presentación de su demanda, seis meses más breve que la establecida en el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guion, de dicho Reglamento, por ser el interesado nacional de aquel Estado miembro”.

¹⁰ A. Bonomi, “La compétence internationale en matière de divorce: Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II”, *Revue Critique du Droit International Privé*, vol. 4, 2017, pp. 519-520.

¹¹ J. C. Fernández Rozas / S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 9ª ed., 2016, p. 450, indican que este foro facilita la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura, regresa a su país, al tiempo que limita la introducción de un *forum actoris* desmesurado.

¹² DO núm. 183, de 8 de julio de 2016.

un escenario en el que la denegación de justicia esté bastante acotada, pero en la idea de que no caben los foros exorbitantes¹³, de ahí que hacer alusión a un corto periodo de residencia unido a la nacionalidad del demandante se plantee como un foro mesurado.

Aunque es verdad que el TJUE no argumenta en estos términos, y su argumentación es bastante parca, haciendo hincapié únicamente en que no existe discriminación cuando se trata de diferente manera situaciones que no son comparables¹⁴, quizás no habría estado de más aludir también a este otro sesgo.

En definitiva, compartimos la decisión del TJUE respecto de que no es un criterio discriminatorio reducir el tiempo de residencia en un Estado miembro para interponer ante sus órganos jurisdiccionales la demanda si se trata de un nacional de ese Estado. Y ello porque ese foro exige una doble vinculación, nacionalidad y residencia. Frente al otro criterio que exige solo residencia, pero debiendo ser ésta más prolongada. Obviamente, se trata de situaciones diferentes, por lo que no cabe hablar de discriminación. Otra cosa es que la argumentación del TJUE podría haber transcurrido también en torno a la medida de los criterios de competencia judicial internacional, en la necesidad de evitar foros exorbitantes. Aunque también es verdad que eso hubiera exigido un plus argumental que, visto el nuevo Reglamento, en el que permanecen los mismos foros de competencia judicial internacional, probablemente consideró que no era el momento de hacer.

¹³ E. Torralba Mendiola / M. A. Parra Lucán, “La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2018, núm. 106; G. Palao Moreno, “La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II bis. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, p. 14.

¹⁴ Por el contrario, entiende que sí son comparables ambas situaciones A. Font Segura, “La nacionalidad como factor distintivo...”, *loc. cit.*, p. 8. *Vid.* M. Gómez Jene, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, sección Doctrina, 2001, Ref. D-131; C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 117-190.

No hay comunidad de bienes si la ley inglesa regula el régimen económico matrimonial del causante y no se ha acreditado la existencia del pacto entre los cónyuges

There is no community of property if the english law regulates the marriage economic regime of the causer and the existence of the agreement between the spouses has not been proven

DIANA GLUHAIA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Internacional de La Rioja*

ORCID ID: 10.20318/cdt.2022.7221

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 30.08.2022

DOI: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Resumen: La SAP de Palma de Mallorca 3ª de 28 septiembre 2021 se enfrenta a la cuestión sobre el régimen económico matrimonial formado del causante que no es el de comunidad de bienes, por no preverlo la ley inglesa ni haberse acreditado su existencia en virtud de pacto de los cónyuges. La escritura de compraventa y su posterior declaración de obra nueva no es título suficiente para que legitime como propietaria a la viuda en virtud de la comunidad de bienes, que no ha sido acreditado, pero sí es título suficiente para declararla como propietaria *ad usucapionem* del 50% de la finca.

Palabras clave: Efectos del matrimonio, el régimen económico matrimonial, el reenvío, aplicación judicial del derecho extranjero

Abstract: The Palma de Mallorca Provincial Court Judgment 3rd of September 28, 2021 deals with the issue of the marital economic regime formed by the deceased, which is not community property, because English law does not provide for it or its existence has been proven by virtue of the spouses agreement. The deed of sale and its subsequent declaration of new work is not a sufficient title to legitimize the widow as owner by virtue of the community of property, which has not been accredited, but it is sufficient title to declare her as owner *ad usucapionem* 50% of the farm.

Keywords: Effects of marriage, the matrimonial property regime, remission, judicial application of foreign law

Sumario: I. Introducción. II. Clases de regímenes matrimoniales. III. Antecedentes de hecho. IV. Las cuestiones planteadas ante la Audiencia Provincial. V. Cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional Privado. 1. La ley aplicable al régimen económico matrimonial. 2. El reenvío y la ley nacional común de los cónyuges. 3. Aplicación judicial del derecho extranjero. VI. La posición de la Audiencia Provincial. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Cuando las personas que contraen matrimonio tienen distinta nacionalidad, o siendo de la misma van a residir a un país diferente del que son nacionales, entran en juego las normas de Derecho Internacional Privado. En España, el número de los matrimonios internacionales ha ido creciendo debido a varios factores como son la globalización, la movilidad de las personas por circunstancias laborales, familiares, sociales, económicas, culturales, etc., a pesar de que en el primer año de la pandemia bajaron de una forma significativa el número de los matrimonios respecto al año anterior¹.

2. La celebración del matrimonio es un acto jurídico, que está sujeta a varias leyes estatales, porque en el Derecho Internacional Privado español no tenemos una norma de conflicto que designe una única ley estatal que regule todos los requisitos para su válida celebración. El matrimonio crea una comunidad de vida entre los cónyuges generadora de efectos, tanto personales como patrimoniales.

3. El régimen económico matrimonial constituye un conjunto de normas que rigen los intereses pecuniarios derivados del matrimonio, entre los mismos cónyuges y en sus relaciones con terceros. Su correcta determinación presenta una importancia en la práctica, porque ayuda a los cónyuges a administrar diariamente su patrimonio y a dividirlo en caso de divorcio o de fallecimiento de uno de los cónyuges.

4. El principal problema es que no existe un régimen económico matrimonial único en el mundo, sino una variedad de regímenes que varían de un país a otro debido a la influencia de varios factores religiosos, políticos, culturales, sociales, etc. Además, dicha disparidad tiene su origen en las diferencias que existen entre el Derecho romano y Derecho germánico².

5. El objeto del presente estudio es el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera de 28 de septiembre de 2021³ que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ibiza, dictada el 20 de diciembre de 2020. La sentencia de primera instancia declaró como bien privativo del causante una finca sita en Ibiza por falta de prueba de la comunidad de bienes y declarándose la nulidad del cuaderno peticional impugnado.

II. Clases de regímenes económicos matrimoniales

6. La doctrina destaca la existencia de cuatro grandes sistemas económicos matrimoniales⁴:

7. En primer lugar, se trata del sistema de comunidad universal de bienes que consiste en que todos los bienes adquiridos por los cónyuges antes y durante el matrimonio pasan a integrar una misma masa de bienes, que se disuelve al terminar el matrimonio. En este régimen, los esposos no tienen bienes privativos o particulares. Son comunes los bienes anteriores de cada cónyuge, los que se adquieren por

¹ https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiDatos&idp=1254735573002

² A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, Ed. Colex, 2008. Madrid, pp. 150.

³ SAP de Palma de Mallorca (Sección tercera), Sentencia 00403/2021, ECLI:ES:APIB:2021:2213

⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado Español. Valores. Métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2020, Vol. 12, N. 2, pp. 186-225; <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5608>; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Ed. Reus, 2008, pp. 91-94.

cualquier título durante el matrimonio y los bienes futuros. Dicho régimen lo encontramos en los Países Bajos⁵, Brasil⁶, Portugal⁷, etc.

8. En segundo lugar, señalamos la separación de bienes que no altera la economía de los cónyuges. Este régimen es muy común en Afganistán, Arabia Saudí, Andorra, Bahamas, Chipre, Emiratos Árabes, Grecia, etc. y también en algunas comunidades autónomas, como son Baleares y Cataluña.

9. En tercer lugar, podemos hablar del sistema de sociedad de gananciales que es el más extendido en todo el mundo. Dicho sistema se caracteriza por una masa de bienes comunes adquiridos a título oneroso tras celebrar el matrimonio. Se excluyen de esta masa de bienes comunes, aquellos bienes que hayan sido adquiridos antes del matrimonio y después del matrimonio por título lucrativo, como son las donaciones o las herencias. El Derecho civil común español sigue este régimen, también varios países de América Latina con una influencia legal española marcada como en Colombia, Ecuador, también en Francia, Italia, Bélgica y en los países de la antigua URSS (República de Moldavia, Federación Rusa, Ucrania⁸, etc.).

10. El cuarto sistema, es de participación en las ganancias generadas, lo encontramos en Alemania, Finlandia, Suiza y Quebec. Este régimen consiste en que durante el matrimonio cada cónyuge mantiene su patrimonio separado e individual, pero al disolverse el mismo se computan las ganancias de cada uno y en función de ello, se reparten por la diferencia que existe entre el patrimonio inicial y final que tenga cada cónyuge. De esta forma, el cónyuge que haya generado más ganancias deberá pagar al otro cónyuge la mitad de esta cantidad.

11. En último lugar, cabe mencionar que hay ciertos países que no contemplan el concepto de “régimen económico matrimonial”, este es el caso de los países *common law* que no lo regulan en sus legislaciones. En el Reino Unido y Gales se desconoce este concepto. De este modo, cada uno de los cónyuges conserva sus bienes, como si no estuvieran casados. Si se aplica la ley inglesa, no puede activarse el régimen de gananciales ni tampoco el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

III. Antecedentes de hecho

12. Después de la muerte de Don Heraclio surgen desavenencias a la hora de repartir la herencia. Y todo el asunto rige en torno a la determinación del régimen económico matrimonial que influye en el carácter del bien inmueble situado en Ibiza. Se trata de determinar si el inmueble es un bien privativo del causante o es parte de la comunidad de bienes. A continuación, vamos a exponer los siguientes hechos:

— Don Heraclio, de nacionalidad británica tenía dos hijos de su primer matrimonio, Doña Pura (nacida Ruth) y Don Casiano.

⁵ SAP Tarragona 13 abril 2011 (régimen económico de cónyuges holandeses), ECLI:ES:APT:2011:671. FD segundo: “(...) El art. 93 del CC de Holanda, establece que desde el momento de la celebración del matrimonio existe entre los cónyuges por ministerio de la ley comunidad absoluta de bienes, en cuanto no se lo haya derogado mediante capitulaciones matrimoniales, por lo que conforme a la referida regulación procede establecer que rige entre los litigantes la comunidad legal de bienes el CC de Holanda”. El Código Civil de los Países Bajos fue reformado el 1 de enero de 2018 e introdujo un nuevo régimen económico matrimonial: comunidad de bienes.

⁶ Art. 258 del antiguo Código Civil brasileiro de 1916, reformado en 1919, indicaba: “Si no hay “convenciones matrimoniales o si éstas son nulas, el régimen en vigor en cuanto a los “bienes de los cónyuges será el de comunidad universal”. El actual Código civil brasileiro regula la comunidad parcial y comunidad de ganancias.

⁷ Art. 1732 del Código Civil de Portugal” *Se o regime de bens adoptado pelos cônjuges for o da comunhão geral, o patrimônio comum é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam exceptuados por lei*”; <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49962775>

⁸ SAP de Valencia, de 28 de abril de 2021, Sentencia 212/2021, ECLI:ES:APV:2021:1498

- El día 1 de marzo del 2006, Don Heraclio se casó con Doña Tarsila (de soltera Virginia), también de nacionalidad británica en las Vegas.
- El 17 de octubre de 2006, Don Heraclio adquirió una finca en Ibiza. En la escritura de compraventa de este inmueble se indicó que se adquiere como bien integrante de su comunidad de bienes y que el régimen económico matrimonial es de la comunidad de bienes y en el Registro de la Propiedad consta respecto a la titularidad de la finca lo siguiente: *Titular: Heraclio, NIE NUM 001, Tarsila NIE NUM002, 100% DEL PLENO DOMINIO SUJ. REGIMENECONOM.MATRIMON POR TITULO DE COMPRAVENTA*
- Con fecha 11 de mayo de 2018, falleció Don Heraclio en Santa Eulalia del Rio, que otorgó testamento en el que instituye como heredera universal a su hija Doña Pura y albacea, contador – partidor y legataria a su esposa en segundas nupcias Doña Virginia. En el testamento lega a su esposa, lo siguiente:

- “a) La totalidad de los enseres personales que deje el testador a su fallecimiento.....*
- b) El 10% del pleno dominio de la vivienda sita en la CALLE 000 , número NUM003 , en la URBANIZACION000, parroquia y término de Santa Eulalia del Rio, (finca registral NUM004 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Ibiza, número 3...*
- c) El pleno dominio del metálico depositado en cualquier cuenta corriente... “.*

- El 14 de noviembre de 2018, la hija del causante solicitó a la viuda mediante notificación notarial que aporte toda la documentación que acredite el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes alegado, antes de redactar el cuaderno particional. También, se le requirió a Doña Tarsila que compareciera en el plazo de una semana, a la notaría de Doña Berta Gollonet, para continuar con el procedimiento hereditario, pero la viuda no compareció y tampoco aportó la documentación requerida.
- Con fecha 6 de febrero de 2019, Doña Tarsila comparece en la notaría de Don Fernando Ramos Gil y protocoliza la toma de posesión de legados, pagos de derechos legitimarios y requerimiento a Doña Ruth “*interrogatio in iure*” (ex art. 1.005 del Código Civil). Es en este momento cuando la cónyuge superviviente redacta el cuaderno particional y previa redacción del inventario, tasación y avalúo, procede a la partición y adjudicación de la herencia. Y, además, en la disolución de comunidad de bienes manifestó que estaba casada con el causante en comunidad de bienes y por ello “*en la liquidación de la misma corresponde y se adjudica una mitad indivisa de dicho bien al haber hereditario del causante y la otra mitad corresponde al cónyuge viudo*”. Doña Ruth contestó a la “*interrogatio in iure*” y solicitó la acreditación de los siguientes:
 - La convalidación e inscripción del matrimonio en el país de su nacionalidad.
 - Documentalmente el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes vigente en el país de su nacionalidad o en el de residencia habitual
 - Aportación del documento acreditativo del NIE.
 - La viuda no aportó dicha documentación y por ello, la hija del causante decidió plantear la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza. Su hermano Don Casiano se allanó a la demanda.
 - Doña Tarsila se opuso a la demanda alegando que el régimen económico matrimonial es el de comunidad de bienes y planteó una demanda reconvenzional, solicitando que se declare que es titular del 50% de la plena propiedad de la finca por título de prescripción adquisitiva.
 - Con fecha 20 de diciembre de 2020 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ibiza estimando la demanda interpuesta por Doña Ruth y desestimando la demanda de reconvección de Doña Tarsila. Dicha sentencia ha sido recurrida en apelación por la viuda.

IV. Las cuestiones planteadas ante la Audiencia Provincial

13. La primera cuestión planteada en la demanda principal versa sobre el régimen económico matrimonial que existía entre el causante Don Heraclio y Doña Tarsila (Virginia) y como consecuencia cuál es el carácter de la finca sita en Ibiza y la eficacia de la operación particional llevada a cabo por la viuda.

14. Y la segunda, respecto a la demanda reconvenzional, planteada con carácter subsidiario, si se cumplen con los requisitos para estimar la usucapión pretendida del 50% del dominio del inmueble.

V. Cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional Privado

15. En la primera instancia, tanto la actora, como la demandada alegan en sus escritos que la ley reguladora del régimen económico matrimonial es la ley inglesa- la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, pero ninguna de las partes ha probado el contenido y la vigencia del derecho británico.

16. El *quid* de la cuestión es cuál es el régimen económico matrimonial, ya que comporta efectos distintos respecto al bien inmueble sito en Ibiza. Por una parte, la hija heredera sostiene que el régimen económico matrimonial es el de la separación de bienes, siendo la ley inglesa la reguladora del régimen económico matrimonial y como no se acreditó la existencia de la comunidad de bienes, la finca sita en Ibiza es un bien privativo del causante. Y, por otra parte, la viuda alega que el régimen es el de comunidad de bienes, y que la finca es parte de la masa común.

17. A continuación, analizaremos tres cuestiones relevantes que son la ley aplicable al régimen económico matrimonial, el reenvío como instrumento de ajuste de localización y la aplicación judicial del derecho extranjero.

1. Ley aplicable al régimen económico matrimonial

18. En primer lugar, señalamos que no resulta de aplicación al caso que nos ocupa, el Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio, 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 matrimoniales⁹, porque se aplica íntegramente, a matrimonios celebrados tras el 29 de enero de 2019 y en nuestro caso, el matrimonio se celebró en el año 2006.

19. Por ello, el instrumento aplicable es el Código Civil¹⁰ que en su artículo 9.2 señala: *“Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, por la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*. Es una norma construida sobre criterios de conexión tradicionales como es la nacionalidad, la residencia y una autonomía de voluntad bastante estricta. La introducción de la autonomía de voluntad en el Derecho Internacional Privado de la Familia ha sido valorada positivamente por la doctrina, sin embargo ha sido criticada porque dicha elección de la ley aplicable no puede operar cuando ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad¹¹.

⁹ 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, OJ L 183, 8.7.2016, pp. 1–29; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1103/oj>

¹⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

¹¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZÁS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Aranzadi, decimoprimer edición, 2020, Cizur Navarra, pp. 508.

20. La doctrina¹² señala que los rasgos generales del artículo 9.2 del CC se concretan en los siguientes puntos:

- 1) Unidad de la ley aplicable a los efectos del matrimonio: todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges, ya sean de carácter personal o patrimonial que surgen del matrimonio quedan sujetas a la única y sola ley reguladora.
- 2) Son puntos de conexión en cascada que señalan la ley aplicable a varias situaciones de hecho, siendo el primer punto de conexión la nacionalidad común de los cónyuges (lo que ocurre en nuestro supuesto). Si no concurre la primera circunstancia, se pasa al siguiente punto de conexión de la norma de conflicto.
- 3) Son puntos de conexión “constitucionalizados” ya que potencia la igualdad constitucional del varón y de la mujer.
- 4) Este precepto elimina el conflicto móvil, porque los puntos de conexión previstos en el art. 9.2 del CC están congelados en el tiempo, lo que potencia la seguridad jurídica y evita fraudes.

21. El artículo 9 del Código Civil señala claramente la ley por la que se han de regir los efectos del matrimonio, que es la ley personal correspondiente a la nacionalidad, en su defecto la de la residencia habitual, y a falta de esta, la del lugar de celebración del matrimonio. La ley designada por el artículo 9.2 CC determinará si el matrimonio produce el nacimiento *ex lege* de una sociedad conyugal, como sucede en Derecho español civil común, o de un régimen económico específico para los cónyuges o si no produce ningún efecto legal en la esfera económica de los cónyuges, como sucede en el Derecho inglés¹³.

22. En nuestro supuesto se aplica el primer punto de conexión que es la ley personal común de los cónyuges al momento de contraer el matrimonio en el año 2006, que es la ley inglesa. Hay una extensa jurisprudencia española de aplicación de este primer punto de conexión previsto en el art. 9.2 del CC¹⁴.

23. La nacionalidad común establece una conexión no discriminatoria que identifica la ley más vinculada a los cónyuges a partir de un criterio fácilmente determinable y que presenta más estabilidad que otros, como el domicilio (en términos continentales), por lo que garantiza la continuidad en la regulación a pesar de los desplazamientos territoriales y una mayor seguridad en el tráfico jurídico¹⁵.

24. En la doctrina encontramos varias opiniones respecto al primer punto de conexión. Por una parte, hay autores que consideran la nacionalidad como una conexión favorable para países de emigración, tal y como ha sido España hasta tiempos relativamente recientes. Solamente se indica la necesidad de completar la norma en dos supuestos, cuando uno o ambos cónyuges gocen de doble nacionalidad o carezcan de ella o cuando la remisión nos conduzca a un sistema plurilegislativo, en materia de ordenación de relaciones matrimoniales. Por otra parte, otros autores han criticado esta conexión por varias razones. En primer lugar, se podría perjudicar la previsibilidad de la Ley aplicable e implicar costes elevados para los cónyuges, cuando el Estado del que son nacionales no es el país más estrechamente

¹² A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, 2013, p. 144.

¹³ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado Español. Valores. Métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2020, Vol. 12, N. 2, pp. 195;

¹⁴ Véase en este sentido: SAP de Cuenca (Sección 1ª), Sentencia núm. 43/2004 de 26 febrero. AC 2004\594 (ley nacional común ecuatoriana de los cónyuges), SAP de Barcelona (Sección 16ª), Sentencia núm. 161/2010 de 22 marzo. JUR 2010\175835 (ley nacional común polaca de los cónyuges) ECLI: ECLI:ES:APB:2010:2765; SAP de Huesca (Sección 1ª), Sentencia núm. 297/2005 de 14 diciembre. AC 2005\2377 (ley nacional común marroquí de los cónyuges); SAP de Palma de Mallorca 3ª 28 septiembre 2021 (ley nacional común inglesa), Sentencia núm. 403/2021 de 28 septiembre JUR\2021\360283; ECLI:ES:APIB:2021:2213; SAP de Valencia, de 28 de abril de 2021, Sentencia 212/2021, ECLI:ES:APV:2021:1498 (ley nacional común ucraniana), etc.

¹⁵ E. RODRÍGUEZ PINEAU, DIR. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Ed: Comares, Granada 2002, pp. 29-30.

vinculado con el matrimonio. Eso es cierto, que en ocasiones los cónyuges llevan residiendo varios años en España y apenas tienen vínculos con la ley del país de su nacionalidad. En segundo lugar, se considera una solución poco multicultural que no sintoniza con el libre desarrollo de la personalidad, ya que los cónyuges no pueden elegir libremente “el modelo jurídico de su matrimonio”¹⁶. En tercer lugar, los matrimonios extranjeros que están plenamente integrados en la cultura y la sociedad española y no puedan adecuar sus relaciones matrimoniales a la ley española, conforme a la cual tal vez vivan o sienten, al resultar imperativa la aplicación de su ley nacional común¹⁷.

2. El reenvío y la ley nacional común de los cónyuges

25. El reenvío es una herramienta jurídica que está al servicio de una mejor aplicación de la norma de conflicto. El reenvío de primer grado recogido en el art. 12.2 del CC podría afectar la conexión de “nacionalidad común de los cónyuges al tiempo del matrimonio”. El reenvío no será aceptado si con ello se quiebran los principios sustentadores del artículo 9.2 del CC: de unidad e inmutabilidad de la ley rectora del régimen económico matrimonial previsto en el artículo 9.2 CC¹⁸. Respecto al reenvío cabe destacar que solamente se permite el reenvío de retorno, y además su aplicación no es obligatoria, sino facultativa¹⁹ para los tribunales siempre y cuando implique unas soluciones más razonables y justas en un caso concreto.

26. Compartimos la idea de la doctrina²⁰ que admite el reenvío como instrumento de ajuste de localización que podría aplicarse a este caso. Los argumentos son los siguientes: una conexión muy débil con el país cuya nacionalidad ostentan los cónyuges al tiempo de contraer el matrimonio y la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos con España, la ley española se aplicaría a través del reenvío previsto en el art. 12.2 del CC.

27. Además, como ejemplo, nos pueden servir dos sentencias en las que fue admitido el reenvío de retorno en un supuesto de régimen económico matrimonial²¹. Se trata de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, de 29 de abril de 1993 que fue confirmada en apelación, por la SAP de Málaga de 7 de febrero de 1994²². Se trataba de un matrimonio celebrado en Gran Bretaña en 1968, sin haberse otorgado capitulaciones matrimoniales, siendo ambos cónyuges británicos y, la ley inglesa era la reguladora del régimen económico matrimonial. El mismo año de la celebración del matrimonio éste se

¹⁶ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado Español. Valores. Métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, Vol. 12, N. 2, pp. 199.

¹⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Aranzadi, decimoprimera edición, 2020, Cizur Navarra, pp. 508.

¹⁸ SAP de Barcelona (Sección 18ª), Sentencia núm. 173/2007 de 17 abril. JUR 2007/271238

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393-422; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; P. RODRIGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, vol. XL, 1988, pp. 79-126, SAP STS 15 noviembre 1996.

²⁰ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado Español. Valores. Métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, Vol. 12, N. 2, pp. 200.

²¹ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE (cita a A. MARÍN LÓPEZ), “El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho Internacional Privado Español”, *Actualidad Civil, La ley 2348/2001*, Sección Doctrina, 1999, Ref. LXIII, pág. 1261, tomo 4, Ed. LA LEY, pp. 11- 12.

²² En el Tercer considerando de la sentencia de la SAP de Málaga de 7 de febrero de 1994 se menciona que: «El apartado 2 del art. 9 del Código Civil establece que los efectos del matrimonio se rigen por su ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; esta norma es la aplicable al caso que nos ocupa, pues no existió pacto o capitulación entre ellos respecto a su régimen matrimonial, pero al hacerse la remisión a la ley personal común, conforme al art. 12 del texto legal citado, ésta produce el reenvío a la ley española... en el sentido de que si los cónyuges han adquirido un domicilio en España por elección propia, como no hay duda ha ocurrido en este caso, la ley española se aplicaría a los bienes de los cónyuges desde el momento en que adquirieron su domicilio en este país y por tratarse de territorio de derecho común quedarán sujetos desde entonces al régimen de la sociedad de gananciales, al no existir convenio entre ellos sobre el régimen económico matrimonial»

trasladó a vivir a España. El desacuerdo era el mismo el régimen económico matrimonial aplicable al caso, ya que el marido invocaba la separación de bienes, por ser la ley inglesa aplicable y que dicho régimen no sufrió cambios al no haberse pactado nada tras el matrimonio, ni en España, y la mujer invocaba el régimen de gananciales, puesto que es el régimen legal en España y los cónyuges tenían residencia en España.

28. Ahora bien, es la ley inglesa la reguladora del régimen económico matrimonial en ambas sentencias, pero si tenemos en cuenta las normas conflictuales inglesas sobre propiedad matrimonial determinan respecto a los bienes muebles que se aplica la ley del domicilio conyugal (anteriormente fue la ley del domicilio del marido en el momento de celebración del matrimonio) y respecto a los bienes inmuebles, será la ley del lugar donde se encuentran situados los bienes- "*lex rei sitae*"²³.

29. Cuando el reenvío nos conlleva a un resultado más justo, éste debe ser admitido. En nuestro caso, la conexión con la ley inglesa es muy débil, hay vínculos más estrechos con España, siendo allí donde se fijó la primera residencia del matrimonio y el bien inmueble está sito en España (Ibiza). Las normas de Derecho Internacional Privado inglés indican que a falta de elección, remiten a la ley española, ley donde se encuentra la finca. De esta forma, el artículo 12.2 del CC serviría como un instrumento de ajuste de localización que podría aplicarse también a nuestro caso.

30. Si examinamos en España el Código Civil, se distinguen los siguientes regímenes económicos matrimoniales²⁴:

- a) En función de origen, puede ser legal o convencional. El primero viene determinado por la ley sea de carácter obligatorio o supletorio (art. 1.316 CC) y el segundo por la voluntad de los cónyuges manifestado en capitulaciones matrimoniales (arts. 1315 y 1325 CC).
- b) En función de su contenido y efectos puede ser de comunidad de bienes, conocido con el nombre de sociedad legal de gananciales (art.1344 CC) y el segundo es el de separación de bienes (art. 1437). Con la reforma de 1981, el Código Civil introdujo un nuevo sistema económico matrimonial, el régimen de participación en las ganancias, que mezcla las dos anteriores (arts. 1411 y 1412 CC).

31. Según el artículo 1316 CC, a falta de capitulaciones o cuando estas son ineficaces, rige el régimen de gananciales como supletorio de primer grado y siendo supletorio de segundo grado el de separación de bienes en los territorios de Derecho común. No obstante, eso no concurre de la misma forma en las CCAA de Islas Baleares, Cataluña y Valencia²⁵ siendo el régimen supletorio de primer grado, el régimen de separación de bienes.

32. En este caso, la viuda alegaba que aún no tenía vecindad civil en Ibiza que se adquiere por residencia continuada durante 10 años en las Islas Baleares, y por ello invocaba la aplicación del régimen de gananciales previsto en el Derecho civil común.

3. Aplicación judicial del Derecho extranjero

33. Según el art. 12.6 del CC "*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*". Por ello, la norma de conflicto prevista en el art. 9.2 CC señala que se tiene que aplicar el derecho extranjero, la ley inglesa, y por ello el Tribunal está obligado a aplicarlo.

²³ F. CALVO BABIO, *Regímenes económico – matrimoniales: Derecho Internacional Privado y Compendio de sistemas comparados*, Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 211.

²⁴ M. RIVERA FERNÁNDEZ, *El régimen económico matrimonial en el Derecho común*, Ed. Reus, Madrid, (2020), pp. 8 y 9.

²⁵ La Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016, respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano ha declarado su inconstitucionalidad por lo que ha dejado de aplicarse; «BOE» núm. 131, de 31 de mayo de 2016, páginas 35824 a 35847. Los matrimonios celebrados durante la vigencia de la ley, entre 1 de julio de 2008 y el 31 de mayo de 2016, sin previamente firmar capitulaciones, se mantiene el régimen económico de separación de bienes como supletorio, ya que la decisión no tiene efectos retroactivos.

34. La prueba del Derecho extranjero en un procedimiento judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los “hechos procesales”, pero habrá que tener en cuenta que son dos realidades distintas, ya que el derecho extranjero regula el fondo del litigio y no es un hecho procesal²⁶. Las cuestiones clave de la prueba del derecho extranjero están recogidos en el artículo 281.2 LEC: “*También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. (...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”. Cabe señalar que el artículo 33.1 de la LCJIMC²⁷ señala que este precepto es el que contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero. El art. 33.3 de la LCJIMC indica que, con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, pero no se da en este caso dicha excepcionalidad.

35. El artículo 282.1 LEC regula las siguientes cuestiones²⁸: la necesidad de probar el derecho extranjero, se debe probar el “contenido” y la “vigencia” del derecho extranjero, la regla general de carga de la prueba del Derecho extranjero²⁹ y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba y por último, el derecho extranjero es algo totalmente distinto de los hechos procesales. El derecho extranjero no está sujeto al principio *iura novit curia* y el juez español no está obligado a conocerlo y por ello deberá ser probado, respecto a su vigencia y a su contenido. La jurisprudencia casi unánimemente indica que son las partes y concretamente la parte a la que interesa su aplicación, es la que debe probar el derecho extranjero. Por ello, la prueba del derecho extranjero reviene tanto a la demandante como a la demandada, además, puede valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación. La propia norma encomienda al juez un papel especialmente activo con orden a la averiguación del Derecho extranjero.

36. El tribunal está facultado con absoluta generalidad y amplitud para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para poder aplicar el Derecho extranjero al que se remita la norma de conflicto española prevista en art. 9.2 CC. Según la STS núm. 436/05, de 10 de junio de 2005³⁰, en su FD primero indica que el juez puede y debe aplicar de oficio el Derecho extranjero aplicable si es que lo conoce, y que la aportación de parte sólo puede ser necesaria para suplir la falta de información y conocimiento sobre dicho Derecho extranjero.

37. En el artículo 281.2 LEC en su apartado 3 menciona: “*Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes*” y en el apartado 4 del mismo artículo que: “*No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”.

38. El Fundamento jurídico segundo de la presente sentencia, se dice que es reconocido por la doctrina el que Reino Unido e Irlanda de Norte carecen del régimen económico matrimonial, porque en este sistema legal el matrimonio no produce consecuencias patrimoniales. Si los cónyuges no han pactado nada en cualquiera de los sistemas legislativos coexistentes en el Reino Unido e Irlanda de Norte, no está previsto supletoriamente que el matrimonio genere comunidad patrimonial alguna entre ellos.

²⁶ Véase en este sentido la jurisprudencia española: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 390/2010 de 24 junio. RJ 2010\5410, ECLI: ECLI:ES:TS:2010:375

²⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182 de 31 de Julio de 2015.

²⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 667.

²⁹ El artículo 282 LEC: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

³⁰ STS (Sala de los Civil) núm. 436/05, de 10 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3760.

39. No cabe duda que es la ley inglesa la que regula los efectos del matrimonio, por ser la ley personal común de ambos cónyuges. Respecto al momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero, cabe destacar que tendrá que probarse durante la fase probatoria. La doctrina entiende que no debe exigirse su prueba con la presentación de la demanda³¹ y consideramos que tampoco en el plazo para la contestación de la demanda. El derecho extranjero debe poder probarse en primera instancia, en apelación y en casación y no solamente en primera instancia³², tal y como sucede con los hechos.

40. La viuda manifestó que aportará como prueba un informe pericial otorgado por un letrado licenciado en Derecho británico, mediante el cual se confirmará que el régimen económico matrimonial formado entre Don Heraclio y ella era el de comunidad de bienes. Doña Tarsila alegó que le fue imposible presentar dicho informe debido al breve plazo de contestación a la demanda y por ello lo aportaría una vez que se disponga del mismo. Ahora bien, en la primera instancia la viuda no aportó el dictamen y tampoco se practicó alguna prueba que sostenga su pretensión de que es conforme a la ley inglesa el régimen económico matrimonial, el de comunidad de bienes.

41. En definitiva, el Juez *a quo* señaló que en el derecho inglés no existe el régimen de comunidad de bienes y tampoco se acreditó en el proceso que fuera éste el que rigiera los efectos económicos del matrimonio que nos ocupa.

42. Para que la prueba del derecho extranjero sea posible en apelación, el derecho extranjero debe haber sido alegado en el momento procesal oportuno que es la demanda o la contestación de la demanda. En caso contrario, eso podría conllevar a una alteración del debate procesal que debe quedar fijado desde la primera instancia³³. En este caso, la prueba tampoco ha sido presentada en la apelación, sino todo lo contrario ahora la viuda invoca la aplicación del derecho español al régimen económico matrimonial.

VI. La posición de la Audiencia Provincial

43. La apelante Doña Tarsila (Virginia) *alega que la cuestión no es en sí en Derecho inglés existe o la figura de comunidad de gananciales, sino de conformidad con las normas de Derecho Internacional Privado inglés, teniendo en cuenta que el matrimonio fue contraído en EEUU y no en Inglaterra y que fijó su primera residencia en España, y era clara voluntad de las partes establecer como régimen el de sociedad de gananciales, tal y como consta en las diversas escrituras públicas, es posible considerar que el régimen económico matrimonial aplicable al caso era el de sociedad de gananciales.*

44. La viuda podría alegar el reenvío de retorno como un instrumento de localización y probar el contenido y vigencia de las normas de Derecho Internacional Privado inglés. Pero no fue así, ya que, en la sede de apelación, Doña Tarsila sostuvo que la ley aplicable al régimen económico matrimonial ahora es la ley española y no la inglesa invocando los siguientes argumentos: *“Dicho régimen económico matrimonial es de aplicación teniendo en cuenta la nacionalidad de los contrayentes, el hecho de haberse casado en Estados Unidos, y haber establecido su primera residencia matrimonial en España. Teniendo en cuenta el régimen legal general aplicable a España, establecido en el código civil, y teniendo en cuenta que el matrimonio no había adquirido aún vecindad civil ibicenca, es por lo que es de aplicación el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes”.*

³¹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed.: Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 675; Véase también el Razonamiento Jurídico Segundo de la AAP Valladolid 17 de abril 2012 (divorcio entre cónyuges extranjeros) ECLI:ES:APVA:2012:405A.

³² A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Estudios de Deusto*, ISSN: 0423 - 4847, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, pp. 75. En este artículo los autores señalan la diferencia entre «hechos procesales» y «Derecho extranjero» que puede ser deducida del art. 281 LEC y critican la posición centenaria del TS que sostenía que la prueba del Derecho extranjero debe realizarse, exclusivamente, en *primera instancia*.

³³ ATS (Sala de lo Civil) de 25 de junio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:6314A

45. Para fundamentar sus alegaciones, Doña Tarsila aportó las siguientes pruebas:

1. El matrimonio se formalizó en EE.UU., y la primera residencia del matrimonio se estableció en España, cuando aún no tenían de vecindad civil ibicenca por no haber residido en Ibiza al menos 10 años.
2. El contrato privado de compraventa de la finca sita en Ibiza fue suscrito el 3 de agosto de 2006 y en este contrato el causante, Don Heraclio indicó que estaba casado en régimen económico de gananciales con Doña Virginia.
3. La escritura de compraventa del bien inmueble fue otorgada por Don Heraclio el 17 de octubre de 2006 en la que manifestó que la compra es para la sociedad de gananciales.
4. En fecha de 25 de junio de 2007 ambos contrayentes comparecieron en notaría y otorgaron conjuntamente, en calidad de cotitulares, una escritura de ampliación de obra, manifestando estar casados en régimen de comunidad de bienes.

46. La posición de la Audiencia Provincial es muy clara en este caso, argumentado en el Fundamento jurídico segundo que dicha alegación no puede ser admitida en apelación, ya que la segunda instancia no representa una oportunidad para introducir nuevos argumentos, nuevos hechos. Es una alegación *ex novo* que no puede ser tenida en cuenta.

47. De las pruebas presentadas por la viuda no se ha acreditado la existencia del régimen de comunidad de bienes. La Sala de la Audiencia Provincial señala que la trascendencia del régimen económico matrimonial afecta a terceros, por lo que requiere una solemnidad o formalidad y de la necesaria publicidad. El hecho de que en las escrituras públicas se haga referencia a este régimen, no se considera suficiente a estos efectos, siendo considerados como simples manifestaciones realizadas ante el Notario que las recoge como tal, sin precisar el régimen económico matrimonial. En ocasiones, algunos notarios españoles hacían constar en las escrituras de compraventa de inmuebles sitios en España que los cónyuges extranjeros adquieren “para su régimen de gananciales”, cuando realmente no era ése el régimen económico matrimonial de tales cónyuges³⁴.

48. La inscripción en el registro de la propiedad de bienes inmuebles sitios en España y adquiridos por cónyuges extranjeros, como es nuestro caso, está regulada en los arts. 92 y 51.9 del RH³⁵. La Audiencia Provincial argumenta que conforme al artículo 92 del RH, el Registrador deberá practicar la inscripción a favor del adquirente o adquirentes indicando que la adquisición se realiza conforme a un régimen matrimonial extranjero y si además constare cuál es ese régimen extranjero, se indicará también en el asiento. En este caso, en el Registro de Propiedad de Ibiza 3 no es cierto que la compraventa se inscribiera a nombre de los dos adquirentes, esto es, Sr. Heraclio 50% y Sra. Virginia 50%, como indica la apelante. En el documento aportado consta la titularidad: el nombre de ambos y su número de identificación, 100% del pleno dominio sujeto al régimen económico matrimonial, por título de compraventa.

49. En el Registro de Propiedad español no se ha concretado el régimen económico matrimonial de los cónyuges adquirentes, ni tampoco las cuotas que pertenecen a uno u otro. Esto comporta problemas en la práctica, tal y como nos sirve el presente caso.

50. Los siguientes datos a tener en cuenta:

- En el Registro de la Propiedad que el bien fue adquirido se ha indicado solamente “sujeto al régimen económico matrimonial”. En la inscripción registral no se ha señalado cuál es

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, 4 ed. 2008, Ed: Colex, Madrid, pp. 176.

³⁵ Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, publicado en *BOE* núm. 106 de 16 de Abril de 1947.

- ese régimen económico matrimonial de los cónyuges extranjeros (gananciales, separación de bienes, etc.).
- A falta de capitulaciones matrimoniales (que no han sido acreditados), en nuestro caso se aplica la ley inglesa al régimen económico matrimonial, porque los cónyuges ostentan la misma nacionalidad británica (art. 9.2 CC)
 - El derecho inglés no prevé la comunidad de bienes y si dicha circunstancia queda acreditada según el derecho extranjero aplicable, el art. 54 RH ordena inscribir el bien inmueble, pero se debería fijar la “cuota indivisa” correspondiente a cada uno de los adquirentes.
 - La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente La Dirección General de los Registros y Notariado) manifestó en varias ocasiones, que la mención en la escritura de que se adquiere el inmueble para su sociedad conyugal es suficiente, sin que sea precisa la determinación del régimen matrimonial, lo que se difiere para el momento de la enajenación.

51. En el mismo Fundamento Jurídico segundo, la Sala rechaza el argumento de la viuda que alegaba que es contradictorio que la hija del causante solicitase la nulidad de los actos particionales, pero no la nulidad del contrato de compraventa, ni de las escrituras públicas de compraventa y declaración de obra nueva. Doña Tarsila invocaba que si la hija del causante es concedora de la validez del título de propiedad, también lo es respecto al cuaderno particional al respetar el título. La Audiencia Provincial manifestó que se trata de un argumento nuevo aportado de forma extemporánea en esta alzada y, además, que no se impugna la validez de estos contratos, sino que está en tela de juicio el sentido y las consecuencias que deban extraerse de sus términos en orden a determinar el régimen económico del matrimonio.

52. Además, la viuda decía que el hermano de la actora Don Casiano suscribió la escritura de toma de posesión de legados, pagos de derechos legitimarios, requerimiento a Doña Ruth de 6 de febrero de 2019, lo que ha sido ignorado por completo en la sentencia y por ello, debe ser revocada. La Sala tampoco comparte este argumento y manifiesta que por el mero hecho de que no se haga alusión a ello en la sentencia, no puede implicar su revocación y recuerda que el hermano se allanó a la demanda principal.

53. En definitiva, la Sala falló que: el régimen económico del matrimonio formado por el causante Don Heraclio y Doña Tarsila (Virginia) no es el de comunidad de bienes, por no preverlo la ley inglesa ni haberse acreditado su existencia en virtud de pacto de los cónyuges, por lo que el bien inmueble objeto de controversia sería propiedad del causante, y por ello debe ser confirmada la sentencia en este extremo, debiendo especificarse que la redacción del cuaderno particional corresponde a la contadora-partidora, que podrá contar con el concurso de los herederos.

54. La demanda reconvenicional planteada fue desestimada por el juez *a quo*. Sin embargo, en la apelación se estimó la reconvenición formulada contra Doña Ruth. De hecho, en el Fundamento jurídico tercero, el principal argumento de la Sala es que en la escritura de compraventa se dice que el inmueble lo adquiere el Sr. Heraclio como integrante de su comunidad de bienes. Dicha escritura no es título suficiente para que Doña Tarsila sea propietaria en virtud de la comunidad de bienes, al no haberse acreditado su existencia, pero sí es título suficiente para ser propietaria *ad usucapionem* del 50% del dominio pretendido.

55. En consecuencia, se estima la reconvenición y se declara que la titularidad del 50% del pleno dominio de la finca objeto de autos corresponde a la misma por virtud de prescripción adquisitiva, debiendo la parte demandada en reconvenición estar y pasar por tal declaración, con imposición de costas a la reconvenida.

VI. Reflexiones finales

56. En definitiva, la Sala de la Audiencia Provincial declaró finalmente a la viuda como propietaria *ad usucapionem* del 50% del dominio de la finca sita en Ibiza. Sin embargo, varias cuestiones de Derecho Internacional Privado se han quedado sin resolver.

57. La determinación del régimen económico matrimonial no es una tarea fácil teniendo en cuenta la presencia del elemento extranjero. En primer lugar, la norma de conflicto española nos remite a la ley extranjera. En segundo lugar, en el mundo hay varias clases de regímenes económicos matrimoniales distintos y países que no regulan el régimen económico matrimonial. En tercer lugar, surgen problemas a la hora de probar el derecho extranjero que reviene a las partes, pero el Tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación considere necesarios para su aplicación. En este caso, no se ha probado el derecho inglés por las partes y tampoco el juez ha tenido un papel activo en la averiguación del Derecho extranjero.

58. Sin duda, en este caso la ley reguladora del régimen económico matrimonial es la ley personal común de los cónyuges, que es la ley inglesa, porque así lo dice la norma de conflicto en su art. 9.2 del CC. Dicha norma de conflicto tiene sus ventajas porque todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges, sean personales o patrimoniales que surgen del matrimonio están sujetas a una sola y única ley reguladora. Dicho criterio garantiza la seguridad jurídica, evita el conflicto móvil, evita problemas de calificación. Sin embargo, su redacción también ha sido objeto de críticas tal y como lo hemos manifestado respecto a la autonomía de voluntad condicionada a que los cónyuges no ostenten la misma nacionalidad y dentro de ciertos límites impuestos por la norma.

59. La nacionalidad es un punto de conexión tradicionalmente utilizado en el Derecho Internacional de la Familia, por su fácil determinación, estabilidad, seguridad, pero no siempre es la conexión más adecuada para obtener soluciones más justas y equitativas. Es el caso de los matrimonios que han fijado como primera residencia común posterior a la celebración del matrimonio en España, llevan allí residiendo varios años, se han integrado perfectamente en la sociedad española, han adquirido inmuebles en España y no tienen vínculos manifiestamente más estrechos con el país de la ley nacional común. La aplicación de la ley de nacionalidad común de los cónyuges podría ser imprevisible para los cónyuges y conllevar unos costes para probar el derecho extranjero. Por ello consideramos, bienvenido el cambio previsto en el Reglamento europeo 2016/1103, aplicable a los matrimonios transfronterizos celebrados a partir del 29 de enero de 2019, en la que prima la autonomía de la voluntad y la residencia habitual sobre la nacionalidad.

60. Consideramos que para obtener un resultado más justo y positivo en este caso se podría admitir el reenvío de primer grado como instrumento de ajuste de localización. A este respecto varias consideraciones son necesarias:

- El artículo 9.2 CC nos remite a la ley inglesa como reguladora del régimen económico matrimonial. La ley inglesa no regula el régimen económico matrimonial.
- El artículo 12.2 CC solamente permite activar el reenvío del primer grado o de retorno.
- El reenvío no es obligatorio para el juez español y solamente podría activarse cuando se respetan los principios de la norma de conflicto española.
- Las normas de conflicto inglesas sobre propiedad matrimonial respecto a los bienes inmuebles, indican que será aplicable la ley del lugar donde se encuentra situado el bien inmueble que en nuestro caso es España (Ibiza).
- La norma de conflicto extranjera es una norma jurídica extranjera y por ello, debe ser probada por las partes.
- Si el matrimonio no tenía vecindad civil en Ibiza, a falta de capitulaciones matrimoniales se aplicaría el derecho civil común, pero en caso contrario la separación de bienes.

Prestige y Arbitraje europeo: a propósito
de la sentencia London Steam-Ship del TJUE
(asunto C-700/20)

Prestige and European arbitration: about
the Judgment London Steam-Ship of the CJEU
(case C-700/20)

MIGUEL GÓMEZ JENE
Catedrático de Derecho Internacional Privado
UNED
ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010
DOI: 10.20318/cdt.2022.7222

Resumen: La sentencia del TJUE objeto de comentario acepta que, en principio, una sentencia judicial dictada “en los términos” de un laudo arbitral (judgment entered in terms of the award) pueda constituir una resolución judicial a los efectos de la aplicación del artículo 45.1 c/ del Reglamento Bruselas I refundido. Lo anterior condicionado a que tal sentencia reúna una serie de requisitos. Estos requisitos conforman y se aprecian en una suerte de test de equiparación respecto de una resolución “genuinamente europea” y se concretan en lo que el TJUE ha dado en calificar como “dos reglas fundamentales” del Reglamento: el efecto relativo del convenio arbitral y la litispendencia.

Palabras clave: Arbitraje europeo. Reglamento Bruselas I *refundido*. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Sentencia inconciliable. Litispendencia. Orden público.

Abstract: The judgment of the CJEU accepts that, in principle, a judgment entered in terms of the award may constitute a judicial decision for the purposes of the application of Article 45.1 c/ of the Brussels I Regulation recast. However, in order to be able to effectively attain such status, the judgment must necessarily meet a series of requirements. These requirements must be appreciated in a sort of *test of equivalence* with respect to a “genuinely European” decision and are specified in what the CJEU has described as “two fundamental rules” of the Regulation: the relative effect of the arbitration clause and *lis pendens*.

Keywords: European arbitration. Regulation Brussels I recast. Arbitration clause. Arbitral award. Irreconcilable judgment. *Lis pendens*. Public policy.

Sumario: I. Introducción. II. El supuesto de hecho, estrategia procesal y problemas de calificación. III. La inclusión incidental del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento. IV. La sentencia que funde el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1 c/ del Reglamento. 1. Test de equiparación. 2. *Efecto relativo* del convenio arbitral. 3. Litispendencia. 4. Orden público. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La sentencia objeto de comentario constituye un paso más en la configuración jurisprudencial de lo que ya en otra sede hemos denominado *arbitraje europeo*¹. En este nuevo pronunciamiento, la perspectiva desde la que se analiza esta cuestión es muy distinta: en esencia, el TJUE se pronuncia sobre la posibilidad y, en su caso, los requisitos que una sentencia judicial británica dictada en los términos de un laudo arbitral (*judgment entered in terms of the award*) debe reunir para constituir una “resolución judicial” a los efectos del hoy artículo 45.1.c/ del Reglamento Bruselas I *refundido* (en autos, artículo 34.3 del Reglamento Bruselas I). En virtud de este precepto –recuérdese– la sentencia en cuestión sería oponible, en tanto que inconciliable, al reconocimiento de una sentencia dictada en otro Estado miembro de la UE.

2. En efecto, es sabido que el artículo 45 del Reglamento Bruselas I *refundido* (en adelante, RB I *ref.*) establece una lista tasada de motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro. Entre estos motivos, el artículo 45.1.c/ establece que se denegará el reconocimiento y ejecución de una resolución si “*es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido*”. La cuestión que en consecuencia resuelve el TJUE es la que gira en torno a la consideración de esa resolución judicial dictada en los términos del laudo como resolución a los efectos de este precepto, considerando que el *arbitraje* está excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento y considerando también que su artículo 45 no impone ningún requisito a la “resolución judicial” dictada en el foro para que produzca efectos en el concreto contexto del reconocimiento. A la luz por tanto de estas dos cuestiones, el razonamiento del TJUE se divide en dos escalones: en el primer escalón, el TJUE estudia si tal resolución dictada en los términos del laudo (resolución que *funde* el laudo) puede hacerse valer como resolución inconciliable a los efectos del precepto citado, habida cuenta de que el Reglamento no es aplicable a aquellos supuestos en los que se plantea a título principal el reconocimiento de este tipo de resoluciones. Si, como efectivamente ha resuelto el TJUE, tal resolución queda incluida en el concreto ámbito de aplicación del artículo 45 (y no en el ámbito de aplicación del artículo 1), queda todavía por analizar el segundo escalón: el relativo a los requisitos que el TJUE impone a tal sentencia para considerarla como “resolución inconciliable” a los efectos de este precepto, habida cuenta de que el tenor del citado inciso no exige requisito adicional alguno.

3. Antes de abordar el análisis de las dos cuestiones apuntadas y también con carácter previo a una somera descripción de los hechos que subyacen a este fallo, creo importante poner de relieve dos circunstancias que, aunque irrelevantes de cara al sentido del mismo, no dejan de tener cierta trascendencia: la primera circunstancia pasa por constatar que, como viene siendo habitual ante cuestiones que de un modo u otro aparecen vinculadas al arbitraje, el TJUE ha resuelto en Gran Sala. Se constata, por tanto, un especial interés del TJUE por estudiar con detalle todas aquellas cuestiones del Derecho de la UE que aparecen conectadas con el arbitraje². Y en relación con esta primera circunstancia, la segunda pasa por apreciar el reproche explícito que el TJUE hace tanto a la *High Court of Justice* como a la *Court of Appeal* que conocieron del asunto con carácter previo al juez que finalmente decide plantear la cuestión prejudicial: *Tribunales, que, además, no plantearon una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE*³. De nuevo, el reproche en cuestión invita a pensar que el TJUE añora

¹ STJUE 20 junio 2022, C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited*, [ECLI:EU:C:2022:488]. M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol. 13, Núm. 2, pp. 745-753. Como primeros comentarios –algunos muy críticos– puede verse: <https://eapil.org/>; en concreto: <https://eapil.org/2022/06/29/london-steam-ship-owners-looking-beyond-the-case-through-the-lens-of-res-judicata/>, las aportaciones de A. BRIGGS, G. CUNIBERTY y A. LEANDRO.

² STJUE 10 febrero 2009, C-185/07, *Allianz* (también conocida como *West Tankers*), [ECLI:EU:C:2009:6]; STJUE 13 mayo 2015, C-536/13, *Gazprom*, [ECLI:ES:C:2015:316]; STJUE 6 de marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, [ECLI:EU:C:2018:158]; STJUE 2 septiembre 2021, C-741/19, *Komstroy*, [ECLI:EU:C:2021:655]; STJUE 26 octubre 2021, C-190/20, *PL Holding*, [ECLI:ES:C:2021:875].

³ Numeral 71 *in fine* de la sentencia.

cierto compromiso de los órganos judiciales de los Estados miembros en este concreto ámbito y que, además, quiere ser protagonista principal en la delimitación e interpretación del marco legal que de un modo u otro afecta al arbitraje.

II. El supuesto de hecho, estrategia procesal y problemas de calificación

4. No por desconocidas procede hacer una breve descripción de las circunstancias que rodean al supuesto de hecho así como a la estrategia procesal de defensa que el asegurador inglés planteó ante el procedimiento de reconocimiento de la sentencia española que se sustanció en aplicación del entonces en vigor Reglamento Bruselas I. La estrategia se plantea como consecuencia de la incompatibilidad que, en principio, existe entre la *acción directa* prevista en el ordenamiento jurídico español (reclamación *extracontractual*) y la calificación *contractual* que el Derecho inglés hace de este supuesto.

5. Tal y como describen tanto los numerales 24 y siguientes del fallo como los numerales 13 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General (AG)⁴, a raíz del naufragio del buque *Prestige* se incoaron una serie de diligencias penales ante los tribunales españoles contra el capitán del buque y contra otras personas. En el contexto ya del procedimiento penal, el Estado español ejercitó acciones civiles contra el capitán y los propietarios del barco, así como contra el asegurador de la responsabilidad del buque y sus propietarios: *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited* (en adelante, el London P&I Club). La base jurídica de esta acción se encuentra en el artículo 117 del Código Penal español (CP), a cuyo tenor: “*Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda*”.

6. La sentencia dictada en su día por la Audiencia Provincial (AP) de A Coruña (de 13.11.2013) fue recurrida ante el Tribunal Supremo (TS) que, finalmente, declaró civilmente responsables al capitán y a los propietarios del *Prestige*, así como, en virtud del artículo 117 del CP, al London P&I Club hasta el límite suscrito en el contrato de seguro⁵. Establecida la responsabilidad, el TS devolvió el asunto a la AP de A Coruña para que fijase las respectivas cuantías de las indemnizaciones a cargo de los encausados. Por lo que ahora importa, y tras una serie de resoluciones judiciales, la AP dictó auto de ejecución en el que fijaba el importe de las cuantías reclamables (auto de 1.3.2019). El Reino de España solicitó el reconocimiento de este auto en el Reino Unido. Es cuestión pacífica, en este sentido, que la parte de la resolución penal que reconoce la responsabilidad civil es reconocible en otro Estado miembro por aplicación del Reglamento⁶.

7. El contrato de seguro referido, suscrito por el London P&I Club con los propietarios del buque, preveía una cobertura de P&I (protección e indemnidad) con respecto a cualquier siniestro que diese lugar a responsabilidad por contaminación con un límite de indemnización de 1.000 millones de dólares (USD). Del mismo modo, el contrato en cuestión incluía una cláusula denominada “*pay to be paid*”: cláusula que, en aplicación del Derecho inglés, crea una condición previa para poder recuperar un importe que deben respetar tanto las partes del contrato como cualquier tercero y que consiste, básicamente, en que, *antes* de recuperar una cantidad frente al asegurador, el asegurado debe haber pagado al perjudicado la indemnización correspondiente. Pero no solo eso; también conforme al Derecho inglés,

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. ANTHONY MICHAEL COLLINS presentadas el 5 de mayo de 2022, C-700/20 [ECLI:EU:C:2022:358].

⁵ STS 14 enero 2016 [ECLI:ES:TS:2016:11].

⁶ Artículo 1 RB I ref.: *El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional*. Anteriormente, STJUE 21 abril 1993, C-172/91, *Volker Sonntag*, [ECLI:EU:C:1993:144].

un tercero perjudicado debe respetar el convenio arbitral previsto en el mismo contrato, en la medida en que, en realidad, el tercero perjudicado que reclama directamente está reclamando una indemnización al amparo de un contrato de seguro específico y determinado que incluye el convenio arbitral. En consecuencia, en caso de que la indemnización solicitada por el tercero perjudicado sea controvertida, la disputa debe solventarse en el arbitraje al que remite el convenio arbitral inserto en el contrato de seguro a cuya luz demanda el tercero perjudicado.

8. Conscientes de los efectos que esta aproximación *contractual* hace el Derecho inglés, con *posterioridad* a que se hubieran ejercitado las acciones civiles ante los tribunales españoles, pero con *anterioridad* a la demanda de reconocimiento del auto español ante los tribunales del Reino Unido, el London P&I entabló en Londres un arbitraje con el objeto de que se declarara que, en virtud del convenio arbitral incluido en el contrato de seguro, el Reino de España estaba obligado a formular sus pretensiones en el arbitraje. En el mismo sentido, también solicitó la exención de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que la cláusula “*pay to be paid*” no había sido satisfecha por el asegurado. Pese a ser invitado a participar en el arbitraje, el Reino de España decidió no hacerlo.

9. El árbitro interpretó que el supuesto debía resolverse considerando la aproximación *contractual*, pues conforme a las normas de conflicto inglesas, el Derecho inglés era el Derecho aplicable al contrato; es decir, no aceptó la aproximación *extracontractual* que la acción directa implica. En consecuencia, dictó laudo en el que afirmó que el London P&I Club no podía incurrir en responsabilidad frente al Reino de España si antes los propietarios del buque no habían satisfecho el pago de los daños al Reino. En concreto, el laudo estableció: *A) I AWARD AND DECLARE that, as regards all claims arising out of the loss of the M/T PRESTIGE and the resulting loss and damage which are currently brought in Spain by the Respondent [Spain] against the Claimant [the Club] by way of alleged direct public liability under the Spanish Penal Code: 1) The Respondent is bound by the arbitration clause contained in Rule 43.2 of the Club Rules and such claims must be referred to arbitration in London; 2) (i) actual payment to the Respondent of the full amount of any insured liability by the Owners and/or Managers (out of monies belonging to them absolutely and not by way of loan or otherwise) is a condition precedent to any direct liability of the Claimant to the Respondent in consequence of the 'pay as may be paid clause' contained in Rule 3.1; and accordingly (ii) pursuant to the 'pay as may be paid clause', and in the absence of any such prior payment, the Claimant is not liable to the Respondent in respect of such claims, 3) The Claimant's liability to the Respondent shall, in any event, not exceed the amount of US\$1,000,000,000 (US Dollars One Billion)*⁷.

10. A continuación y habida cuenta del sentido del laudo arbitral, London P&I Club solicitó ante los tribunales ingleses que autorizarse la ejecución del mismo en el territorio nacional y que, además, dictase sentencia en los términos del laudo (*judgment entered in terms of the award*). Ambas peticiones fueron aceptadas por la *High Court of Justice* en su sentencia de 22 de octubre de 2013⁸. De esta forma, London P&I Club consiguió disponer de dos títulos –además del mismo laudo arbitral– para intentar frenar el reconocimiento del auto español que lo condenaba a satisfacer la indemnización establecida: la sentencia judicial dictada en los términos del laudo, en tanto que resolución inconciliable con la sentencia española según lo previsto en el artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* y la sentencia judicial que declaraba ejecutable el laudo (títulos que, como se verá, quedan neutralizados con esta sentencia del TJUE). Como puede observarse, la estrategia de defensa del asegurador ante este procedimiento de reconocimiento del auto dictado por la AP de A Coruña se plantea en dos niveles: en un primer nivel, se defiende el carácter inconciliable de las resoluciones judiciales inglesas con el auto español cuyo reconocimiento se solicita; en un segundo nivel (por resolver), se podrá defender la existencia del mismo laudo arbitral, cuyo efecto de cosa juzgada a la luz del artículo 45.1.a/ (orden público) queda todavía por determinar (*infra* IV.4).

⁷ Vid. el fragmento del laudo en: *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court*, 12.05.2021, *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. The Kingdom of Spain*, [2021] EWHC 1247 (Comm).

⁸ *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court*, 22.10.2013, *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain (2) The French State*, [2013] EWHC 3188 (Comm).

11. A los efectos de abordar la complicada cuestión de la calificación del supuesto de hecho en virtud de las normas de conflicto aplicables y mejor entender las posiciones sobre el particular, merece cierta atención la sentencia de la *High Court* arriba citada, que accedió a las peticiones del London P&I Club. Destacan de ella, las siguientes consideraciones en torno a la naturaleza contractual de la controversia: **83.** *In the light of my findings as to the nature of the direct action under Spanish law I turn to consider the proper characterisation of the right as a matter of English law.* **84.** *The Defendants’ case was that the crux of the answer to this question lies in the admitted fact that the right arises from the law and not the contract. The juridical basis of this right of action is non-contractual and therefore independent.* **85.** *Further, the law not only creates the right of action, it also defines its contents and limits. Even though the contents of the right may be referable to the contract it is the law which permits that. It is also the law which sets out the limits to those contractual rights through the Article 76 exceptions. These have the effect of creating a different and greater right for the third party than that possessed by the insured.* **86.** *The Defendants also stressed that the legal mechanism by which the third party acquires his direct action rights is not assignment of or subrogation to the insured’s rights, but the imposition of an obligation to compensate the third party subject to prescribed limits.* **87.** *In all these cases both the law creating the right of direct action and the existence and validity of the contract made subject to the direct action will be essential pre-requisites of the third party’s right. Both are necessary to the existence of that right. In my judgment, in deciding whether or not the direct action right is “in substance” a claim to enforce the contract or a claim to enforce an independent right of recovery, what is likely to matter most is the content of the right rather than the derivation of that content. It is the content of the right which will be the most telling guide to what “in substance” that right is.* **88.** *The essential content of the right is provided by the contract. Save for the Article 76 exceptions, the third party’s right is as set out in and defined by the contract. It is the contract that must be looked to in order to determine whether there is any right to recover from the insurer and, if so, on what basis and with what limitations. In many cases the contract is all that will need to be considered. In the present case, for example, there is no suggestion of willful misconduct by the assured or of “personal” defences arising. In those circumstances the third party’s rights will be determined solely by reference to and by the contract.*

12. Por fin, señalar que el reconocimiento del auto solicitado por el Reino de España fue concedido por los tribunales británicos en primera instancia (resolución de 28.5.2019). Esta resolución fue recurrida en apelación, y es en el contexto de la apelación donde se plantea la cuestión prejudicial que da origen a esta sentencia del TJUE. Dicha cuestión gira, esencialmente, sobre el carácter inconciliable de la resolución inglesa dictada en los términos del laudo con el auto español cuyo reconocimiento se insta ante los tribunales del Reino Unido y sobre la posibilidad de invocar la cosa juzgada del auto de ejecución del laudo arbitral en el marco del orden público como motivo de denegación del reconocimiento (art. 45.1.a/ RB I *ref.*).

III. La inclusión *incidental* del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento.

13. Con estos antecedentes a la vista, la primera cuestión que resuelve el TJUE es si la resolución británica que *funde* el laudo está o no incluida en el ámbito de aplicación del RB I *ref.* Sobre esta primera cuestión, la coincidencia entre las Conclusiones del AG y la sentencia del TJUE es, como no podía ser de otro modo, absoluta. Y es que, tanto los Informes al hoy sustituido Convenio de Bruselas de 1968⁹, como el Considerando 12 del RB I *ref.*, como la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento son coincidentes: cuando se pretende a título principal el reconocimiento de esa sentencia que *funde* el laudo, el Reglamento *no* es de aplicación (*ex art. 1 del texto*)¹⁰. De hecho, una breve referencia a la sentencia *Marc Rich*¹¹, a la senten-

⁹ *Vid.* numerales 42 ss. de las Conclusiones del Abogado General.

¹⁰ Lo anterior no implica necesariamente -aunque de ordinario no será así- que dicha resolución judicial sí puede reconocerse por aplicación de las normas de reconocimiento de fuente interna.

¹¹ STJUE 25 julio 1991, C-190/89, *Marc Rich*, [ECLI:EU:C:1991:319].

cia *Gazprom*¹² así como al Considerando 12 del RB I *ref.* le bastan al TJUE para llegar a esta previsible conclusión. Ni siquiera necesita en este contexto del apoyo de la relevante sentencia *Van Uden*¹³, que sigue siendo la sentencia de referencia para determinar cuándo una cuestión vinculada al arbitraje queda excluida o incluida del ámbito de aplicación material del Reglamento¹⁴.

14. Establecido lo anterior (numerales 41 a 46 del fallo), el TJUE confirma a renglón seguido (numeral 48), y como premisa de su razonamiento posterior, que este tipo de resoluciones sí pueden constituir, en principio -y solo en principio-, “resoluciones judiciales” a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*: la sentencia dictada en los términos de un laudo (excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento cuando su reconocimiento se plantee a título principal) “*puede tener la consideración de resolución a los efectos del artículo [45.1.c/ del Reglamento Bruselas I refundido]*”. Es decir, aun sin argumentarlo todavía, aborda la cuestión relativa a la aplicación *incidental* del Reglamento a las resoluciones que *funden* un laudo arbitral desde un prisma *prima facie* favorable. También en este punto hay cierta coincidencia con las Conclusiones del AG, si bien -y como veremos en el siguiente epígrafe- el orden de exposición de la sentencia ya aventura un razonamiento mucho más sofisticado que el empleado por el Abogado General (que, en términos generales, se limita a defender la consideración de la resolución judicial que *funde* el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.* en todo caso).

15. La anterior afirmación del TJUE se sustenta en dos argumentos que desarrolla a continuación. Por un lado, en el concepto particularmente amplio que la misma jurisprudencia del TJUE ha otorgado al término “resolución”. Por otro, porque no es en absoluto necesario que las dos resoluciones implicadas pertenezcan al ámbito de aplicación material del Reglamento para considerarse inconciliables: el carácter inconciliable no deriva del ámbito material sobre el que versa la sentencia, deriva de que las consecuencias jurídicas que de cada una de ellas se deriven “se excluyan recíprocamente”¹⁵.

16. En efecto, para ser mínimamente coherente con su jurisprudencia, el TJUE no podía excluir de inicio la resolución que *funde* el laudo del amplio concepto de “resolución” que el mismo Tribunal ha desarrollado. Así, el TJUE ya estableció que “*para poder ser calificado como ‘resolución’, en el sentido del [Reglamento], el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos por las partes*”¹⁶. En sentido muy similar estableció también que para que las resoluciones estén comprendidas dentro del ámbito del Reglamento, “*basta con que se trate de resoluciones judiciales que, antes del momento en que su reconocimiento y ejecución se solicita en un Estado distinto del de su origen, hayan sido o pudieran haber sido objeto en dicho Estado de origen de un procedimiento contradictorio, en cualquiera de sus formas*”¹⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, el Abogado General se esforzó particularmente en sus Conclusiones por demostrar que la resolución judicial que *funde* el laudo no es, precisamente, una resolución que se obtenga de forma automática y que pueda calificarse de “mera formalidad”. Antes al contrario, se trata de una resolución que se dicta tomando en consideración alegaciones de las partes y que, además, se pronuncia sobre decisiones relativas a la competencia del árbitro, sobre el interés en dictar la resolución en sí, así como posibles intereses de terceros y cuestiones de orden público¹⁸.

17. Por lo que se refiere a la necesidad de que las resoluciones judiciales inconciliables deban o no estar incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, cabe destacar que ya existía jurisprudencia del TJUE al respecto; jurisprudencia que, además, era perfectamente extrapolable al caso, por lo que

¹² STJUE 13 mayo 2015, C-536/13, *Gazprom*, [ECLI:EU:C:2015:316].

¹³ STJUE 17 noviembre 1998, C-391/95, *Van Uden*, [ECLI:EU:C:1998:543]. En sus Conclusiones, el Abogado General sí apoya su argumentación en este fallo.

¹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 316-317.

¹⁵ STJUE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61]; STJUE 6 junio 2002, C-80/00, *Italian Leather* [EU:C:2002:342].

¹⁶ STJUE 2 junio 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren* [EU:C:1994:221].

¹⁷ STJUE 2 abril 2009, C-394/07, *Gambazzi* [EU:C:2009:219].

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. ANTHONY MICHAEL COLLINS, *cit.*, numeral 55.

difícilmente el TJUE podía abstraerse de su consideración. En efecto, constituye jurisprudencia consolidada del TJUE y pacíficamente aceptada a nivel doctrinal, que las materias excluidas a título principal del ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art. 1*) quedan incluidas en el mismo cuando se plantean a título incidental (*ex art. 45.1.c/*)¹⁹. La sentencia de referencia en este contexto -citada tanto por el TJUE como por el Abogado General- es, todavía hoy, la sentencia *Hoffmann*²⁰.

18. A los meros efectos ilustrativos de cómo juega este tipo de inclusión / exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento cuando las materias excluidas se plantean a título *incidental*, cabe describir someramente el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia *Hoffmann*. Así, se dicta sentencia alemana en materia de alimentos entre dos cónyuges en agosto de 1979 (por aquel entonces materia incluida en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento). Por su parte, el cónyuge condenado instó el divorcio ante los tribunales holandeses, obteniendo sentencia favorable en mayo de 1980 (sentencia excluida del ámbito de aplicación del hoy Reglamento). El ejecutur de la sentencia alemana de alimentos se solicitó y concedió en primera instancia mediante sentencia dictada en julio de 1981. A la luz de este marco jurisprudencial, se planteó ante el TJUE si la sentencia holandesa de divorcio (que -insisto- no estaba incluida en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento) podía invocarse en el marco del hoy artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, en tanto que sentencia inconciliable con la sentencia alemana en materia de alimentos. El TJUE admitió que la sentencia alemana era inconciliable con la sentencia holandesa en la medida en que aquélla se dictó presuponiendo la existencia del vínculo matrimonial y siendo, además, que su ejecutur se solicitó cuando el vínculo ya había quedado disuelto por la sentencia holandesa. Desde esta perspectiva, el TJUE apreció la aplicación del hoy artículo 45.1.c/ RB I *ref.* en la medida en que ambas resoluciones implicaban consecuencias jurídicas excluyentes recíprocamente. Es decir, el TJUE advirtió que la sentencia en materia de divorcio (que no puede reconocerse por el cauce del Reglamento al estar el divorcio excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento) sí podía, sin embargo, hacerse valer en el contexto del ejecutur de la sentencia alemana de alimentos. *Mutatis mutandis*, por tanto, un supuesto teóricamente muy similar al planteado en autos.

19. La posterior sentencia *Marc Rich*, por su parte, insiste sobre esta cuestión, pero esta vez desde la perspectiva de la materia excluida a título principal y tomando en consideración la materia excluida cuando se presenta como cuestión previa -a diferencia de lo debatido en la sentencia *Hoffmann*, donde los alimentos estaban incluidos a título principal y la materia excluida (divorcio) se planteaba a título incidental-. Desde esta otra perspectiva, el TJUE estableció que: “*Para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del [Reglamento], únicamente debe tenerse en cuenta el objeto de dicho litigio. Si debido a su objeto -por ejemplo, la designación de un árbitro- un litigio está excluido del ámbito del [Reglamento], la existencia de una cuestión previa sobre la que deba pronunciarse el Juez para resolver el litigio no puede justificar la aplicación del [Reglamento], sea cual sea el contenido de la cuestión*”. En consecuencia, el juego de la inclusión / exclusión de las materias incluidas / excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento se resuelve, en general, del siguiente modo: (i) Si la materia que se plantea a título principal está excluida del ámbito de aplicación del texto (*ad ex.* nombramiento de árbitro), la cuestión incidental que esté incluida en el ámbito de aplicación del texto queda excluida; y al contrario (ii) si la materia que se plantea a título principal está incluida en el ámbito de aplicación del texto (*ad ex.* responsabilidad del árbitro), la cuestión incidental que está excluida del ámbito de aplicación material del texto queda incluida. La sentencia objeto de comentario es totalmente coherente con este planteamiento.

20. Todavía en relación con lo anterior cabe señalar que, en apoyo a la interpretación hecha en favor de una inclusión *prima facie* incidental de las resoluciones judiciales que *funden* el laudo en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/, no hubiera estado de más una mención al “**efecto útil**” del

¹⁹ Vid. con más detalle, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed., 2007, pp. 96-102.

²⁰ STJCE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61].

Reglamento. Y es que, como ya estableciese el TJUE en la citada sentencia *Marc Rich*, “*resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del [Reglamento] el que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento*”.

21. En consideración de lo hasta aquí dicho, y a modo de conclusión parcial, puede afirmarse que todo el razonamiento de la sentencia hasta considerar que la resolución dictada en términos de un laudo está, en principio, incluida en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* es coherente con todo lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia. De hecho, puede también afirmarse que, hasta este punto (en concreto, hasta el marginal 53 del fallo), la sentencia no aporta nada realmente nuevo. La verdadera aportación de esta sentencia se manifiesta a partir del numeral 54, donde, siempre a la luz de las particularidades de este caso, plantea una serie de condicionantes muy relevantes para conceder “*eficacia europea*” a aquella sentencia. De tal forma, además, que con el establecimiento de estas condiciones el TJUE se desmarca -a mi juicio, certeramente- de las Conclusiones del AG (*infra* IV). A estudiar tanto estos condicionantes como las consecuencias que a futuro puedan tener en el ámbito arbitral, dedicamos las siguientes líneas.

IV. La sentencia que funde el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1 c/ del Reglamento

22. Ciertamente, podría sostenerse que el artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* no exige requisito alguno a la resolución judicial del foro para hacerla valer como *resolución inconciliable* en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera; de tal forma que, en el supuesto de autos, no habría por qué exigir requisitos adicionales para hacer eficaz en este contexto de reconocimiento del auto español la sentencia dictada “en términos” del laudo arbitral (o que *funde* el laudo arbitral). Sin embargo, y precisamente por lo que esa sentencia dictada “en términos” del laudo implica -una resolución que, nada menos, “convierte” en sentencia judicial un laudo que, de este modo, pasa a beneficiarse de todo lo que supone el principio de *confianza mutua* en la UE- estimo que el control adicional que el TJUE impone a esa suerte de “desdoblamiento” del título -nace una resolución judicial sin que se extinga el laudo- es tan proporcionado como necesario. De otro modo, se estaría dando carta de naturaleza a un título que, en puridad, se ha originado al margen de la estructura judicial que está en la esencia del espacio de cooperación judicial en materia civil y de cuyo seno nace ese principio de *confianza mutua o recíproca*. El hecho de que el legislador no haya impuesto requisito adicional alguno a este tipo de resolución solo evidencia que no tuvo en cuenta este tipo de supuestos a la hora de redactar la norma; pero nada más. De hecho, no puede obviarse que este tipo de resolución fundiendo el laudo es totalmente desconocida en la mayoría de los ordenamientos arbitrales o procesales de la Europa continental.

23. Por tanto, para que el laudo en forma de sentencia no entre por “la puerta de atrás” al espacio de cooperación judicial en materia civil, el TJUE impone un riguroso *test de equiparación* entre una sentencia que *funde* el laudo y una resolución judicial “típica” que circula por el espacio de cooperación; es decir, impone un control de requisitos que, siempre y en todo caso, cumple la resolución “típica” que circula por el espacio europeo, pero que no es evidente que cumpla la sentencia que *funde* el laudo; y mucho menos el laudo que subyace a la sentencia en el que se funde. Tan es así, que el TJUE no repara en recordar que, en el espacio de cooperación, el laudo no está al mismo nivel que la sentencia: “*la confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión... no alcanza a las decisiones de los tribunales arbitrales ni a las resoluciones judiciales dictadas en los términos de tales decisiones*”.

24. Por lo demás, es de destacar también que el TJUE afronta el control del laudo arbitral desde el plano de la “tutela judicial efectiva”: “*un laudo arbitral solamente puede desplegar efectos, en el marco del artículo [45.1.c/ del RB I ref.], a través de una sentencia dictada en sus términos si ello no obstaculiza el derecho a la **tutela judicial efectiva** reconocido en el artículo 47 de la Carta de los*

Derechos Fundamentales de la Unión Europea”²¹. Evidentemente, si la resolución judicial que funde el laudo solo puede desplegar efectos si no obstaculiza el derecho a la *tutela judicial efectiva*, lo mismo debe predicarse respecto del laudo que está en el origen de tan particular resolución judicial. Y asumiendo entonces que estas implicaciones de “*tutela judicial*” son extensibles al laudo, habremos de convenir también que éstas habrán de tenerse en consideración, en supuestos de arbitraje *europeo*, tanto en sede de anulación como en sede de ejecutur. Una perspectiva muy distinta -y quizá incompatible- con la adoptada por el TC²².

1. Test de equiparación

25. En cualquier caso, para que la sentencia que *funde* el laudo arbitral pueda “entrar” en el “circuito cerrado” que supone el espacio de cooperación judicial en materia civil debe respetar los principios que inspiran tan particular espacio: entre otros y en general, principio de libre circulación de resoluciones, confianza recíproca en la justicia, previsibilidad de los órganos jurisdiccionales, seguridad para los justiciables y reducción al máximo de riesgos de procedimientos paralelos. Se trata, en definitiva, de determinar si la sentencia que *funde* el laudo se dictó -o no- en unas circunstancias de respeto a esos principios que, por definición, cumplen las resoluciones judiciales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Y ese control de la sentencia dictada en términos del laudo se lleva a cabo aplicando el *test de equiparación* enunciado y se concreta en “dos reglas fundamentales” del Reglamento: el *efecto relativo del convenio arbitral* y la *litispendencia*.

26. Con carácter previo al estudio de ambas reglas, conviene detenerse en el alcance que puede llegar a tener el hecho de que para el TJUE tanto el *efecto relativo del convenio arbitral* como la *litispendencia* constituyan “dos reglas fundamentales del Reglamento”. Y es que, la calificación de ambas reglas como “fundamentales” puede suponer a futuro que su infracción en supuestos muy excepcionales -como en autos- implique tanto como la activación de la cláusula de *orden público* -en su vertiente procesal-. Sea como fuere, procede analizar ahora la compatibilidad de este *test* con una serie de supuestos o -situaciones- puestos de relieve por el AG en sus Conclusiones y que solo son concebibles en un escenario en el que no se reconociese la sentencia que funde el laudo como resolución a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*

27. En efecto, cabe todavía preguntarse si someter a la sentencia que *funde* el laudo al *test de equiparación* respecto de las resoluciones judiciales “genuinamente europeas” para, de este modo, permitir que se tome en consideración en el espacio europeo, puede dar o no lugar a situaciones anómalas como las advertidas por el AG en sus Conclusiones. Así, sostiene el AG que no incluir estas resoluciones *en todo caso* en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* podría suponer que el laudo quedase “privado de efectos jurídicos en la jurisdicción de la sede del arbitraje, pero podría sin embargo ejecutarse en otro Estado miembro con preferencia frente a la resolución española.... En caso de que los órganos jurisdiccionales franceses considerasen que el Convenio de Nueva York de 1958 [CNY] los obliga a reconocer el laudo, el Reglamento... no impediría su ejecución en Francia y los órganos jurisdiccionales franceses no tendrían obligación alguna de reconocer la resolución española en la medida en que resulte inconciliable con el laudo”²³.

28. Pues bien, más allá del desafortunado ejemplo francés (los tribunales franceses aplican sus normas internas de reconocimiento y no estrictamente el CNY), no creo que la inclusión del citado *test* deba producir situaciones anómalas. Antes al contrario; si bien se entiende su verdadero alcance, creo

²¹ Numeral 58.

²² Al respecto, M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021...”, *cit.*, pp. 747-753.

²³ Numeral 68.

que coadyuvará a introducir coherencia en el sistema europeo de cooperación judicial en materia civil. Cuestión distinta es que los operadores afectados estén o no de acuerdo con el tipo de coherencia que introduce, pues otorga a la sentencia europea una clara preponderancia sobre el laudo y “rebaja” hasta donde sea necesario la eficacia del CNY respecto del Reglamento (por lo demás, cuestión en absoluto novedosa²⁴). En efecto, es evidente que, si el convenio arbitral no pasa el *test del efecto relativo*, el laudo no debe desplegar eficacia ni en el Estado miembro donde se dictó ni en ningún otro Estado miembro donde se pretenda su reconocimiento o ejecución (*infra* 36 ss). En este contexto, tanto el motivo basado en la ineficacia del convenio arbitral como el motivo basado en el *orden público* pueden ser de aplicación²⁵. La relevancia de este hecho exige, por tanto, estudiar con detenimiento las consecuencias que se derivan de estas nuevas “reglas fundamentales” del Reglamento, pero sin perder de vista que el *test* solo restará eficacia al convenio arbitral en supuestos extremos (como el supuesto de autos).

2. Efecto relativo del convenio arbitral

29. La aportación a mi juicio más relevante -a la vez que controvertida- que realiza el TJUE en esta sentencia es la que pasa por extender “la regla fundamental” del *efecto relativo* de la cláusula de sumisión a tribunales al ámbito del convenio arbitral. Y es que, no deja de llamar poderosamente la atención el hecho de que, estando excluido el arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento, el TJUE extienda sin razonamiento alguno tal efecto al convenio arbitral.

30. Con todo, si bien se mira, estimo que tampoco es necesaria mucha justificación a esta suerte de extrapolación automática. Así, cabe advertir, de entrada, que el *efecto relativo* se circunscribe al ámbito del contrato de seguro, por lo que no parece que vaya a tener un efecto inmediato en otros ámbitos. Y aceptando esta delimitación, tiene mucho sentido extender al *convenio arbitral* lo que ya en su momento estableció respecto de la *cláusula de jurisdicción* en el ámbito del contrato de seguro: “*En efecto, por lo que atañe... al efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que un acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador de seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que, allí donde el Derecho nacional lo permita, desee entablar acción directa de responsabilidad delictual o cuasidelictual contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar de su domicilio*”.

31. No parece justificado que el TJUE debiera en autos apartarse del razonamiento arriba transcrito y desarrollado en su anterior sentencia *Assens Havn*²⁶ (supuesto muy similar) por el solo hecho de que en este último caso se tratase de una cláusula de jurisdicción en vez de un convenio arbitral. En tan particular ámbito -de seguros- no hay por qué hacer de mejor condición al convenio arbitral frente a la cláusula de jurisdicción. Y es por ello que, en este punto concreto, las Conclusiones del AG merecen un reproche, pues ni tan siquiera toma en consideración el posible alcance de tan determinante fallo para resolver este caso. Ya entonces estableció el TJUE -recuérdese-: “40. ... *procede considerar que el acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador del seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que desee entablar acción directa contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso*”.

32. Habida cuenta de lo anterior es tan lógico como coherente extender el efecto relativo de la cláusula de jurisdicción al convenio arbitral. De lo contrario, precisa el TJUE, “*el objetivo de protec-*

²⁴ Sobre la limitada eficacia que el TJUE ha impuesto a los convenios internacionales en determinados supuestos en los que su aplicación puede restar efectividad a los textos europeos, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 339-340. Para una crítica al resultado alcanzado por el TJUE, A. BRIGGS, *cit.*, nota núm. 1.

²⁵ Recuérdese que, según el TEDH, el control del consentimiento del convenio arbitral es cuestión de orden público. Al respecto *vid.*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 172-173.

²⁶ STJUE, 13.7.2017, C-368/16, [EU:C:2017:546].

ción de los perjudicados por los daños se vería comprometido". Considerar sin más que la sentencia que *funde* el laudo puede enfrentarse a la sentencia judicial dictada en otro Estado miembro "a raíz de una acción directa de responsabilidad que ha ejercitado el perjudicado privaría a éste de la reparación efectiva del daño"²⁷.

33. No es cuestión menor, todavía en este contexto, la relativa al **consentimiento** de las partes para quedar obligado ya sea a la cláusula de jurisdicción ya sea al convenio arbitral. De nuevo, esta sentencia deja traslucir que, para el TJUE, el consentimiento expreso de las partes afectadas es la condición necesaria para considerar la validez de uno u otro. No entra el TJUE, por tanto, a analizar el conflicto de calificaciones que plantea el supuesto de hecho entre la acción contractual y la acción extracontractual (acción directa). Pareciera que al TJUE solo le interesa en este supuesto concreto la cuestión relativa al consentimiento. Y así interpretado, quizá el fallo pueda considerarse como una referencia -siquiera indirecta- para abordar la cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros.

3. Litispendencia

34. La segunda regla "fundamental" que establece esta sentencia es la relativa a la litispendencia. En su virtud, el árbitro debió respetar el hecho de que los tribunales españoles hubieran entrado a conocer sobre el fondo del asunto antes que él mismo. Lo anterior con mayor motivo si tanto el procedimiento abierto en España como el arbitraje iniciado en Londres tenían el mismo objeto y la misma causa.

35. A este respecto, cabe señalar lo siguiente. Si bien es cierto que la regla de litispendencia esgrimida como "regla fundamental" aparece fuertemente anclada al supuesto de hecho, su misma invocación en este caso me parece innecesaria. En efecto, si bien se mira, basta con acreditar una vulneración del *efecto relativo* del convenio arbitral para que la sentencia que *funde* el laudo no pueda invocarse, ex artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, para impedir el reconocimiento en Reino Unido del auto español. No haría falta, por tanto, alegar la infracción de ninguna regla fundamental más. De hecho, no debería hablarse propiamente de litispendencia cuando el mismo supuesto se ventila ante la jurisdicción y el arbitraje²⁸. Por ello, creo también que la regla de litispendencia -favorable en autos al sentido del fallo- tiene un papel mucho más limitado, si no distorsionador, fuera de este supuesto.

36. En relación con lo anterior puede todavía señalarse que, cuando sea el árbitro el primero que entre a conocer sobre el fondo del asunto, su juicio previo sobre la eficacia del convenio arbitral deberá tener en cuenta -en el ámbito de seguros- el posible *efecto relativo* del convenio arbitral y decidir en consecuencia. Juicio que, evidentemente, puede ser objeto de control tanto en sede de anulación como en sede de ejecutur.

4. Orden público

37. Establecidos los límites de la sentencia que *funde* el laudo arbitral para tenerlo en consideración como resolución inconciliable del foro a los efectos de la aplicación del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, queda todavía por determinar los efectos que puede desplegar también en el foro la resolución que declara ejecutable el laudo (efecto de cosa juzgada). En tan particular contexto, la solución ya venía dada por la misma jurisprudencia del TJUE. De entrada, tal jurisprudencia tenía establecido que la aplicación de la cláusula de orden público está descartada cuando el problema planteado es el de la compatibilidad

²⁷ Numerales 62 y 63 del fallo.

²⁸ Sobre esta cuestión, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 265-272.

de una resolución extranjera con una resolución nacional²⁹. Es por ello por lo que solo el artículo 45.1.c/ o d/ RB I *ref.* puede ser aplicado en este contexto.

38. Hasta aquí el análisis de la importante sentencia del TJUE que, como ha podido constatarse, se caracteriza por crear dos criterios “de control” muy relevantes para el concreto ámbito del arbitraje de seguros. Queda sin embargo por determinar si la sentencia en cuestión puede o debe desplegar algún efecto en la segunda línea de defensa del asegurador; a saber, si debe desplegar algún efecto cuando se esgrima el efecto de cosa juzgada del mismo laudo arbitral. A mi juicio, debería desplegarlo, en la medida en que el laudo emana de un convenio arbitral que no ha tenido en consideración su *efecto relativo* en el ámbito de los seguros; cuestión que tanto a la luz de la jurisprudencia del TEDH como del TJUE, sí podría considerarse de *orden público*. Repárese en que aquí se discute la fuerza de cosa juzgada del laudo -no de una resolución judicial previamente dictada-, por lo que no es de aplicación el artículo 45.1.c/ o d/ RB I *ref.*

V. A modo de conclusión

39. El supuesto de hecho que subyace a esta sentencia del TJUE es un supuesto realmente excepcional y complicado. Por ello, las soluciones que da el TJUE deben interpretarse en su concreto y limitado contexto; sin pretender una expansión ilimitada de esta jurisprudencia a cualquier caso. La sentencia es -eso sí- coherente con su jurisprudencia: tanto con la jurisprudencia relativa a la inclusión / exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento; como con la jurisprudencia relativa a la identificación de “resoluciones inconciliables”, como con la jurisprudencia relativa a las particularidades que subyacen a tan complicado asunto. Con todo, estimo que de este fallo del TJUE pueden extractarse ciertas coordenadas que están en el origen de las siguientes ideas:

- El *efecto relativo* de la cláusula de jurisdicción es directamente aplicable al convenio arbitral; con independencia absoluta de que el arbitraje como tal esté excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento. A partir de aquí, debe repararse también en que, para el TJUE, el criterio relevante para resolver la cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral a un tercero ajeno al contrato que lo incluye es el *consentimiento*. Este criterio está en línea con el criterio asumido por el TEDH y supone, por tanto, que otros criterios de extensión de los efectos del convenio arbitral a un tercero (en autos, el hecho de que el tercero perjudicado reclamara una obligación prevista en un contrato de seguro que, a su vez, incluía el convenio arbitral) no es aceptable en el espacio judicial europeo.
- Como consecuencia de lo anterior, un laudo (como en autos) que vincula al tercero no firmante del contrato que incluye el convenio arbitral no puede reconocerse en los demás Estados miembros, pues el convenio arbitral no cumple el efecto relativo (*consentimiento*) que el TJUE exige.
- La sentencia judicial esta, en determinados supuestos, por encima del laudo. De hecho, en casos extremos, la misma aplicación del CNY en los Estados miembros queda condicionada por las condiciones que imponga el Derecho de la UE al supuesto.

²⁹ STJCE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61].

Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado

Habitual residence of the child in a parental responsibility case: The complex concretisation of an indeterminate legal concept

SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA

Doctora en derecho internacional privado
Profesora interina en derecho internacional privado
UPV/EHU, Université de Pau et des Pays de l'Adour

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7223

Resumen: La determinación caso a caso de la residencia habitual del menor como foro de competencia judicial internacional es una cuestión no exenta de dificultades. El método de concreción del criterio dota de notable flexibilidad al sistema para que pueda ajustarse a las circunstancias específicas del caso. Sin embargo, la adaptabilidad del concepto también dificulta la tarea del operador jurídico y provoca cierta inseguridad jurídica. La localización de la residencia habitual requiere una detenida ponderación de las circunstancias fácticas propias de cada caso.

Palabras clave: Reglamento Bruselas II bis, responsabilidad parental, medidas provisionales, competencia judicial internacional, residencia habitual.

Abstract: The determination case-by-case of the habitual residence of the child as a forum for international jurisdiction is a question not without its difficulties. The method of specifying the criterion gives considerable flexibility to the system so that it can be adjusted to the specific circumstances of the case. However, the adaptability of the concept also makes the task of the legal operator more difficult and leads to some legal uncertainty. The location of the habitual residence requires careful consideration of the factual circumstances of each case.

Keywords: Brussels IIa Regulation, parental responsibility, interim measures, international jurisdiction, habitual residence.

Sumario: I. Introducción. II. Análisis fáctico del litigio III. Consideraciones jurídicas. 1. Primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros. 2. Aplicabilidad del Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. 3. La complejidad del criterio clave de residencia habitual. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia el 25 de noviembre de 2021¹ desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e

¹ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº10 de Resolución 481/2021, *Roj*: AAP V 2883/2021.

instrucción nº6 de 4 de mayo de 2021, dictada en un asunto derivado de una relación jurídico-privada internacional sobre modificación de medidas provisionales fijadas en sentencia previa de divorcio.

2. En la presente Nota, nos limitaremos a proporcionar un breve análisis fáctico del litigio (II) para adentrarnos en una serie de consideraciones jurídicas (III).

II. Análisis fáctico del litigio

3. En el caso objeto de comentario, el litigio enfrenta a los progenitores de una menor en un supuesto de responsabilidad parental donde se plantean dudas acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

4. El progenitor no custodio instó una demanda de modificación de medidas provisionales ante el foro español. En el Auto recurrido de 4 de mayo 2021, el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº6 rechazó su competencia y desestimó la demanda por falta de competencia internacional.

5. Disconforme con dicho fallo, el demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia. La parte apelante adujo que se había vulnerado, entre otros, su derecho a la tutela judicial efectiva (amparado por el artículo 24 de la Constitución) al no existir motivo para la presunta falta de competencia en virtud de lo establecido por los artículos 22, 21, 22 ter, 22 quater d) y 22 quinquies de la Ley de Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Conviene destacar que la invocación de estos preceptos es errónea, al anteponer el bloque normativo interno al de la Unión Europea. La parte apelante invoca también los artículos 36.2 y 38 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil para esgrimir que la competencia internacional de los tribunales españoles se rige por los tratados o convenios internacionales de los que España es parte y debe ser controlada de oficio.

6. En sentencia nº481/2021 de 25 de noviembre de 2021, la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, tras realizar un análisis ponderado de las circunstancias fácticas del caso concreto, concluyó que la residencia habitual de la menor al inicio del procedimiento se encontraba en Polonia y desestimó dicho recurso de apelación interpuesto por el progenitor descartando por tanto la competencia de los tribunales españoles.

Tanto la solución adoptada como la argumentación expuesta para desestimar el recurso interpuesto por la parte apelante merecen una valoración positiva.

III. Consideraciones jurídicas

7. En primer lugar, cabe reparar en la complejidad del sistema de competencia judicial internacional del ordenamiento jurídico español caracterizado por la concurrencia de diversos instrumentos con distinto origen (1) y la importancia de la correcta delimitación del ámbito de aplicación de la normativa aplicable (2). Por último, es preciso destacar la complejidad del concepto de residencia habitual (3).

1. Primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros

8. Antes de determinar la normativa aplicable, es preciso atender al objeto de la *litis*. En el presente caso, se trata de una demanda relativa a una modificación de medidas provisionales respecto de una menor, establecidas en un procedimiento previo. El operador jurídico ha de realizar en segundo lugar una labor previa de selección de la normativa aplicable dentro del entramado normativo existente

para determinar el tribunal internacionalmente competente que conocerá de las modificaciones de las medidas de responsabilidad parental.²

El razonamiento de la Audiencia provincial basado en la directa aplicabilidad del derecho europeo sin hacer alusión alguna a los preceptos internos es correcto. En efecto, en lo que respecta a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, las autoridades judiciales españolas han de atender en primer lugar a lo dispuesto por la normativa europea³, y más concretamente, por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (“Bruselas II bis”⁴), que sustituyó al Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 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 comunes⁵. Como consecuencia de lo anterior, debe considerarse que la cita recurrente de la ley Orgánica de Poder Judicial por la parte apelante, que establece la aplicación preferente de la legislación europea infringe los principios de eficacia directa⁶ y de jerarquía⁷ que vertebran el derecho europeo.

9. Por tanto, ante un litigio internacional relativo a la responsabilidad parental deben aplicarse en primer lugar las normas europeas. Estas a su vez podrán remitir a las normas nacionales de competencia internacional en los casos en que de las normas europeas no se deduzca la competencia de ninguno de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.⁸ Los preceptos internos son por tanto aplicables de forma subsidiaria, en defecto de lo establecido en los tratados y convenios internacionales.⁹ El supuesto objeto es un asunto controvertido vinculado con dos Estados miembros, España y Polonia. La normativa interna resulta por tanto inaplicable inicialmente. Sin embargo, es importante recordar que la legislación europea sólo fija los foros de competencia judicial internacional. La concreción del tribunal territorialmente competente se resuelve con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro competente.¹⁰

2. Aplicabilidad del Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

10. La aplicabilidad del Reglamento Bruselas II bis al caso no ofrece duda. El ámbito de aplicación material abarca el supuesto analizado, puesto que el procedimiento versa sobre un caso de responsabilidad parental. El concepto de “responsabilidad parental” es definido de manera amplia por el Reglamento¹¹.

² Sobre la complejidad de la ordenación, *vid.* F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, vol. 3, N°1, pp. 282-289.

³ Sobre el orden de aplicación de los diversos instrumentos normativos reguladores de la competencia judicial internacional en materia de protección de menores, *vid.* A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, Tirano lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2019-2022.

⁴ *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁵ *DOCE* n°160, de 30 de junio de 2000.

Es importante destacar que el Reglamento (CE) n° 1347/2000 se ocupa de la responsabilidad parental vinculada a un proceso de separación respecto de los hijos comunes, mientras que el Reglamento 2201/2003 se aplica a la responsabilidad parental en general e incluye a todos los hijos (comunes y no comunes).

⁶ El principio de efecto directo fue consagrado por el TJUE en la sentencia sobre el caso *Van Gend en Loos* (STJCE 5 febrero 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62); *vid.* B. DE WITTE, “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, en P. CRAIG/ G. DE BÚRCA (Coord.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp.177-213.

⁷ El principio de primacía fue establecido por el TJUE en las sentencias *Costa contra Enel* y (STJCE 15 julio 1964, *Costa C. Enel*, 6/64; STJCE 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77).

⁸ *Vid.* art. 7.1 del reglamento Bruselas II bis 1 que prevé que “*Si de los artículos 3, 4 y 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*».

⁹ *Vid.* art. 21 LOPJ.

¹⁰ AAP Barcelona 17 julio 2019 (menor con residencia en Barcelona), *Roj*: AAP B 5742/2019 ; AAP Barcelona 4 abril 2019 (menor de doble nacionalidad), *Roj*: AAP B 1963/2019.

¹¹ En tal sentido, *vid.*, entre otros, E. GALLANT, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, *Defrénois* 2004, spéc. n° 33; F. JAULT, « La notion de « responsabilité parentale » », en H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p.157 s.

Abarca todos los derechos y obligaciones del titular respecto de la persona o los bienes de un menor.¹² El Reglamento enumera las materias cubiertas por su ámbito de aplicación en lo que respecta a la protección de la persona. El artículo 1.1 apartado b establece que es aplicable a «las materias civiles relativas a [...] la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental»¹³. El Reglamento se aplica por tanto al derecho de custodia¹⁴, y más concretamente, a la modificación de las medidas provisionales solicitadas por el progenitor. El ámbito espacial y personal tampoco plantean ningún problema, puesto que se trata de analizar la competencia de los tribunales españoles en foro español respecto de una menor afectada por una modificación de medidas que tiene su residencia habitual en un Estado miembro, Polonia, y que anteriormente residió en España con sus progenitores.¹⁵ Por último, desde el punto de vista de su ámbito de aplicación temporal, el Reglamento Bruselas II-bis es aplicable a todos los procedimientos incoados a partir del 1 de marzo de 2005¹⁶. Por tanto, el juzgado de primera instancia yerra al aplicar 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 menores¹⁷, pues en virtud de las disposiciones transitorias recogidas en el artículo 100 y del artículo 105, el Reglamento Bruselas II-ter entrará en vigor el 1 de agosto de 2022, resultando por tanto aplicable a las demandas instadas a partir de esa fecha.

3. La complejidad del criterio clave de residencia habitual

11. En materia de responsabilidad parental, y conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento Bruselas II bis, la autoridad competente es por norma general la del Estado de la residencia habitual del menor en el momento en que se insta la demanda ante el órgano jurisdiccional¹⁸. Así, los tribunales españoles solo serán competentes cuando quede establecido que en el momento de interposición de la demanda, el menor tenía su residencia habitual en España¹⁹. El cambio de la residencia habitual del menor a otro Estado miembro una vez interpuesta la demanda no conlleva un cambio de competencia²⁰ puesto que el Reglamento se basa en el principio de «*perpetuatio fori*». La residencia habitual del menor opera por tanto como foro de competencia internacional general, sin perjuicio de las excepciones establecidas para los casos de modificación de un derecho de visita²¹, de prórroga de la competencia²², de ausencia

¹² En virtud del artículo 2.7 RB II-bis, el término de “responsabilidad parental cubre “*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*”.

A diferencia del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y del Reglamento 1111/2019 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, el Reglamento no define el concepto de menor. Procede por tanto acudir a las legislaciones de los Estados miembros para determinar los sujetos a los que se les aplica; en este sentido, *vid.* entre otros s. CORNELOUP, “Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale”, en H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op.cit.*, p. 69, spéc. p. 70. La “Guía Práctica para la aplicación del RB IIBis” extrae sin embargo del ámbito de aplicación del Reglamento las medidas adoptadas sobre menores emancipados. El concepto de menor ha sido definido por el artículo 2.6 del Reglamento 1111/2019 como persona de menos de 18 años.

¹³ Sin embargo, el ámbito de aplicación del Reglamento también ha sido delimitado por varios pronunciamientos del TJUE (STJCE, 27 noviembre 2007, C, C-435/06; STJCE, 2 abril 2009, A, C-523/07; STJUE, 26 abril 2012, *Health Service Executive*, C-92/12; STJUE 21 octubre 2015, *Gogova*, C-215/15).

¹⁴ *Vid.* Auto del TJUE 3 de octubre 2019, *Of vs. PG*, C-759/18, apdos. 48-54.

¹⁵ *Vid.* art. 61. a RB II-bis.

¹⁶ *Vid.* art. 69, § 1 y art. 72, § 2 RB II-bis.

¹⁷ *DOUE* L 178, 2 julio 2019.

¹⁸ *Vid.* artículo 8.1 RB II-bis que prevé que: «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional».

¹⁹ *Vid.* AAP Barcelona 16 de noviembre de 2020, *Roj*: AAP B 10309/2020.

²⁰ STJUE 15 febrero 2017, *W, V vs. X*, C-499/15, apdos 53-55.

²¹ *Vid.* art. 9 RB II-bis.

²² *Vid.* art. 12 RB II-bis.

de localización de la residencia habitual menor²³ o de desplazamiento ilícito del menor²⁴. Por último, el Reglamento prevé también la posible remisión del asunto por la autoridad competente para conocer del mismo al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro cuando la primera considere que el segundo es el mejor situado para conocer del asunto y que el traslado de competencia responde al interés superior del menor²⁵. En el presente caso, el juez excluye cualquier hipótesis de traslado o retención ilícita.

12. El criterio de la residencia habitual es un concepto jurídico indeterminado²⁶ y de difícil concreción²⁷. Al igual que el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños y el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el Reglamento Bruselas II *bis* no define legalmente el concepto de “residencia habitual” del menor. Cabe señalar que el concepto tampoco se define en el Reglamento Bruselas II *ter*.²⁸ Esta ausencia de definición provoca, en ocasiones, una sensación de inseguridad jurídica. La precisión del criterio de residencia habitual y su localización incumbe por tanto a los tribunales nacionales. La residencia habitual ha de ser determinada por los órganos jurisdiccionales nacionales en cada caso concreto sobre la base de un conjunto de circunstancias y elementos objetivos²⁹, y en ningún caso ser extraída de ningún Derecho nacional.

13. Tal y como evidencia la resolución analizada, la determinación de la residencia habitual del menor es una cuestión no exenta de dificultades. En ocasiones resulta complicado hallarla, en especial cuando existe un desplazamiento a otro Estado como sucede en el caso objeto de nuestra Nota. El juez de primera instancia considera que la residencia habitual de la menor se encuentra en Polonia, y que por tanto las autoridades españolas carecen de competencia, mientras que el demandante alega que ésta se halla en España, país en el que la menor estuvo empadronada previamente a la presentación de la demanda³⁰.

14. Es importante partir de la premisa de que no solo no hay un concepto unívoco de residencia habitual por ser un concepto fáctico y no jurídico, sino que además, la definición del concepto de residencia habitual varía según el área y la normativa considerada. El concepto de residencia habitual del menor es un concepto propio del Reglamento.³¹ Se trata así de un concepto autónomo que debe interpretarse con arreglo al contexto en el que se inserta (interpretación sistemática) y al objetivo que persigue el Reglamento (interpretación teleológica).³² Esta singularidad queda especialmente reflejada en los preámbulos de los diversos reglamentos³³ que establecen unos criterios hermenéutico-interpretativos propios. Tal y como se

²³ *Vid.* art. 13 RB II-bis.

²⁴ *Vid.* art. 10 RB II-bis.

²⁵ *Vid.* art. 15 RB II-bis.

²⁶ Como establece N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “*El legislador europeo ha optado por un concepto abierto, adaptable a cada situación, que nos permite atender a la gran variedad de escenarios que se producen como consecuencia de la creciente movilidad geográfica en Europa*”. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, 2021, vol. 13, nº 2, p. 824.

²⁷ Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta*”. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, 2016, vol. 8, nº 1, p. 47.

²⁸ *Vid.*, A. BORRÁS, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas *ter*...”, *REEI*, nº38, diciembre 2019, p. 5.

²⁹ STJUE, 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdo. 44 ; STJUE 15 febrero 2017, *W, V vs. X*, C-499/15, apdo. 60.

³⁰ La demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2019 El padre aporta un certificado de empadronamiento en España de fecha 25 de noviembre de 2018. *Vid.* Fundamento de Derecho Segundo

³¹ *Vid.*, R. CARO GANDARÁ, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, J.A. ROBLES GARZÓN, (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.161-174.

³² STJUE 17 octubre 2018, *UD vs. XB*, C-393/18 PPU, apdo. 47; STJUE 28 junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 40; STJUE 9 octubre 2014, *PPU, C-M*, C-376/14, apdo. 50; STJUE 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdos. 34-35.

³³ Por ejemplo, el Considerando 23 del Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo indica que la residencia habitual del causante debe revelar “*un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento*”.

declara en el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, el criterio de la residencia habitual del menor garantiza la protección del interés del menor y responde ciertamente al criterio de proximidad.³⁴ Las autoridades del país de la residencia habitual del menor son ciertamente las más próximas al menor y las que se encuentran en mejor situación para adoptar medidas sobre su persona.³⁵ El enfoque adoptado para la determinación del país de la residencia habitual del menor no es por tanto adecuado para la aplicación de otros reglamentos ajenos a la cuestión del interés del menor.³⁶

15. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido fijando una serie de pautas que permiten concretar el concepto de residencia habitual del menor. La jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional es por tanto clave para resolver las dificultades interpretativas. Por vía de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de dicho concepto, el TJUE señaló que «*la residencia es el lugar que refleja una cierta integración del menor en un entorno social y familiar*»³⁷. La residencia habitual del menor representa así la vinculación más estrecha de un menor con el país, su centro de vida. Se trata de una “conexión social”.³⁸ Según el TJUE, la residencia habitual del menor corresponde al lugar donde radica su centro de vida al inicio del procedimiento³⁹ y se define tradicionalmente por hechos tales como la “presencia física” del menor en un Estado miembro⁴⁰. Además de una estancia durante un periodo mínimo o de una cierta duración deben tenerse en cuenta otros factores cuantitativos, como la regularidad, que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁴¹. Pero también han de valorarse otros factores adicionales cualitativos (las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio del Estado miembro de que se trate, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de la escolarización de éste, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del mismo en dicho Estado⁴²) que traducen una determinada integración en un entorno social y familiar. La localización concreta de la residencia habitual del menor requiere sin embargo una ponderación de los criterios, pues algunos factores revisten mayor relevancia que otros en la evaluación del conglomerado de circunstancias. Los conocimientos lingüísticos, los vínculos culturales o la nacionalidad del menor no son suficientes para garantizar la existencia de un vínculo real o de una proximidad geográfica del menor con dicho

³⁴ El Considerando 12 del RB II-Bis prevé que «[L]as normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental». En tal sentido, *Vid.* entre otros, J.J. VARA PARRA indica que los órganos de la residencia habitual del menor son las “autoridades en las que confluyen propiamente las acepciones de estabilidad del estatuto jurídico del niño y de proximidad del valor jurídico del interés superior del menor...” J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el reglamento (CE) n° 2201/2003”, *REDI*, vol LVIII, 2006, p. 803; A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, pp. 2033-2035.

³⁵ A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, p. 2033 y 2034.

³⁶ El criterio de la residencia habitual se determina de una manera distinta en el sector de protección de menores y en el ámbito del divorcio (Reglamento (UE) n°1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) o en el ámbito sucesorio, por ejemplo (Reglamento (UE) n° 650/2012 de 4 de julio de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo).

³⁷ STJUE, 22 diciembre 2010, *Mercredi*, C-497/10, apdo. 47; STJUE, 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdo. 38; STJUE 15 febrero 2017, *W, Vvs. X*, C-499/15, apdo. 60

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante”, *op. cit.*, p. 75.

³⁹ *Vid.* Auto del TJUE 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 42.

⁴⁰ STJUE 17 de octubre 2018, *PPU, UD vs. XB*, C-393/18, apdo. 50

⁴¹ STJUE 28 de junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 41; STJUE 15 de febrero 2017, *W, V vs. X*, C-499/15 apdos. 60-61 ; STJUE 8 de junio 2017, *PPU, OL vs. PQ*, C-111/17, apdo.43 ; *Vid.* entre otros, P. MC ELEVY « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », *Trav. Comité fr. DIP*, 2008-2010, p. 127 ; A. RICHEL-POISSON, « La notion de résidence », en H. FULCHIRON ET C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op. cit.*, p. 149.

⁴² STJUE, 2 abril. 2009, *A*, C-523/07, apdo. 39.

Estado.⁴³ En el caso objeto de nuestro comentario, la nacionalidad española de la menor no ha llevado a suscribir la competencia de los tribunales españoles.

16. Por otro lado, en el caso de menores de escasa edad y en particular en el supuesto de menores lactantes, las circunstancias que rodean a la persona o personas con las que vive, que tienen la custodia y el cuidado efectivo de él a diario -por regla general, sus padres- son de especial importancia para determinar dónde se encuentra el centro de su vida. El entorno de ese niño es esencialmente un entorno familiar, determinado por la persona o personas con las que comparte inevitablemente el ambiente social y familiar. Sin embargo, aunque el entorno familiar de un menor está determinado en gran medida por el progenitor con el que convive diariamente, el Estado de residencia del progenitor no custodio también deber ser tomado en consideración.

17. En el Auto objeto de comentario, la discrepancia entre la parte apelante y la Audiencia Provincial surge en gran medida con relación a la evaluación de la estabilidad de la residencia de la menor. Cabe señalar que la voluntad de la permanencia prevalece sobre la cuantificación del tiempo de la estancia.⁴⁴ Para acreditar dicha voluntad, la progenitora aporta un certificado de empadronamiento de fecha posterior a la demanda. Por otro lado, mediante diligencia negativa del Juzgado de Paz de la localidad practicada en el momento en que se inicia el procedimiento, queda constancia de que la madre y la menor ya no residían en España. A este respecto, cabe destacar que la inscripción en registros formales no constituye por sí sola una prueba de residencia entendida como centro de vida⁴⁵ y por tanto no es suficiente para demostrar la habitualidad de la residencia, pero puede ser tomada en consideración junto con otros factores.⁴⁶ Asimismo, la permanencia en un Estado puede ser representativa de la estrecha vinculación con el entorno social, pero tampoco es determinante en todos los casos. De hecho, el Reglamento Bruselas II bis no especifica el periodo exigido para adquirir la residencia habitual en un concreto Estado, ni tampoco excluye la posibilidad de que el menor adquiera una nueva residencia el mismo día de su llegada o poco después⁴⁷. En el presente caso, los criterios cualitativos han prevalecido sobre los cuantitativos puesto que la Audiencia Provincial ha estimado que el traslado de la menor comportaba un cambio de residencia. El juez concluye que la residencia habitual de la menor se halla en Polonia, y que por tanto los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer del asunto correspondiendo la misma únicamente a los órganos jurisdiccionales polacos.

IV. Conclusiones

18. La sentencia objeto de comentario permite apreciar la complejidad del sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental a raíz del recurso de apelación interpuesto por el progenitor contra la resolución del Juzgado de Primera instancia que rechazaba su competencia para conocer la modificación de medidas provisionales establecidas en sentencia previa de divorcio, a pocos meses de la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II ter.

19. En la fundamentación jurídica en la que se basa la sentencia objeto de análisis, la selección de la normativa para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental respecto del menor aplicable se argumenta de manera correcta. El juez inicia su argumentación realizando una delimitación previa de la normativa aplicable. A tales efectos y ante la concurrencia de diversos instrumentos con origen en distintas fuentes (internacional, convencional y estatal), el juez parte de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

⁴³ STJUE 28 junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 60.

⁴⁴ STJUE 22 diciembre 2010, PPU, *Mercredi*, C-947/10, apdo. 51

⁴⁵ AAP Valladolid 21 febrero 2011, *Roj*: AAP VA 165/2011. determinación de la residencia habitual de menor empadronado en España pero con centro social de vida en Francia

⁴⁶ A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, p. 2039.

⁴⁷ *Vid.* Guía práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, § 3.2.3.3.

20. El Reglamento Bruselas II bis instaura sus cimientos sobre el criterio de la residencia habitual para establecer la competencia con carácter general en materia de responsabilidad parental. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia objeto del presente trabajo ha vuelto a poner de manifiesto la dificultad que plantea la cuestión de la determinación de la residencia habitual del menor. Ante la ausencia de definición del concepto, la labor de los distintos operadores jurídicos cobra mayor protagonismo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido fundamental para determinar los elementos fácticos que debemos tener en cuenta para su concreción. Tras realizar una detenida ponderación de las circunstancias fácticas del litigio, el juez ha considerado que el traslado de la menor a otro Estado miembro comporta un cambio de residencia y que por tanto se debe litigar en el Estado de destino.

Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021

International divorce and maintenance: Comment on the judgment of the High Court of 17 February 2021

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED
ORCID: 0000-0002-7910-0789

Recibido: 18.05.2022 / Aceptado: 10.06.2022
DOI: 10.20318/cdt.2022.7224

Resumen: El TS admite la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, con fundamento en el art. 3 del Reglamento (CE) n.º 4/2009, 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. Aplicación de la ley española a la pretensión de la pensión compensatoria, que debe considerarse incluida en el concepto de “obligación de alimentos” conforme a lo dispuesto en el art. 3 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, estas se regirán por la ley de la residencia habitual del acreedor, es decir, el derecho civil catalán como ley española. La interacción de normas de distintas estructuras normativas y su correcta delimitación hacen de esta STS una decisión singular.

Palabras clave: Divorcio internacional, obligación de alimentos entre cónyuges, competencia judicial internacional, derecho aplicable a la pensión compensatoria, Reglamento UE 4/2009, Protocolo de La Haya de 2007.

Abstract: The Spanish High Court confirms Spanish Jurisdiction and application on Spanish law an international divorce and maintenance obligations due to the claimant habitual residence in Spain. Interaction between European Regulations, The Hague Protocol on Maintenance Obligations, 23 November 2007, and Spanish (catalan) private law render this Judgement a very special one.

Keywords: International divorce, maintenance obligations between ex spouses, international jurisdiction, applicable law, EU Regulation 4/2009, The Hague Protocol 2007.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos y desarrollo judicial. III. Competencia judicial internacional y diversidad de instrumentos: la delimitación del Tribunal Supremo. IV. Ley aplicable a los aspectos económicos derivados del divorcio y diversidad normativa: la delimitación del Tribunal Supremo. V. Observaciones.

* 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.

I. Introducción

1. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia num 89/2021, de 17 de febrero 2021¹ (ponente Dña. I. Parra Lucán) objeto de este comentario se enfrenta a un supuesto de divorcio internacional y sus consecuencias en el que confluyen y son de aplicación normas competencia judicial internacional y normas de conflicto contenidas en Reglamentos europeos y en un convenio internacional por las que finalmente se designa aplicable el derecho civil catalán para determinar la validez de la pensión compensatoria reclamada por uno de los ex cónyuges. No es el primer caso en el que se advierte esta confluencia de cuestiones y normas aplicables a un divorcio con elemento internacional y sus consecuencias, si bien en supuestos anteriores se han afrontado con menos éxito².

2. El tema tiene un interés práctico indudable y de ahí los esfuerzos por parte de la doctrina por poner orden³. El divorcio internacional es exponente paradigmático de los resultados del proceso de diversificación y especialización que caracteriza al sistema español de Derecho internacional privado (DIPr). La diversificación normativa tiene su origen en la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos, internos e internacionales para la determinación de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable en las causas matrimoniales y sus consecuencias⁴. En la realidad los problemas exigen, como muestra esta Sentencia, una cuidadosa delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de los instrumentos normativos concurrentes en un mismo caso.

3. Más perturbadora es la especialización o sectorialización de la materia regulada. En la regulación del divorcio y sus efectos las soluciones se han fragmentado, por una parte, en los aspectos personales (la disolución del vínculo y los aspectos relativos a los hijos menores) y por otra, en los aspectos económicos o patrimoniales (que a su vez se escinden en cuestiones pertenecientes al régimen económico y obligaciones de alimentos derivadas de la ruptura matrimonial). Esta especialización afecta tanto al ámbito de la competencia judicial internacional como a la determinación del derecho aplicable. Cada una de estas materias sujeta hoy a distintos instrumentos internos, europeos y convencionales. La selección puede no ser indiferente y menos aun cuando la cuestión litigiosa reside fundamentalmente en las consecuencias económicas derivadas de la ruptura matrimonial hacia el cónyuge aparentemente víctima de la ruptura y hacia los hijos.

4. Pues bien dado que esta STS plantea una problemática común a otros precedentes judiciales en la materia, se ha optado por limitar este comentario al relato de los hechos y su evolución judicial (II), extrayendo los aspectos más relevantes del intenso razonamiento judicial (III y IV), para concluir con una reflexión que sugiere esta excelente Sentencia desde la perspectiva de la regulación contemporánea de la obligación de alimentos (V).

¹ ECLI:ES:TS2021:532

² Vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revidando las cuestiones generales en un divorcio transnacional" (AP Barcelona-Sentencia 15/04/2019.), Cuadernos de Derecho transnacional (Marzo 2020) vol. 12, nº 1, pp. 784-794 (www.uc3m.es/cdt).

³ En el caso de la SAP de Barcelona, aparecían involucrados además, las cuestiones relativas a la guarda de los hijos y la obligación de alimentos (vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Crisis familiar...", .cit. supra.).

Desde la perspectiva estricta de la competencia judicial internacional en materia de divorcio la cuestión ha sido explicada entre nosotros por 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 de junio 2021 (<http://accursio.com/blog/?p=1310>); M. J. SÁNCHEZ CANO, "Divorcio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿Cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP de Murcia 11 de febrero 2021", Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2022, vol 14, nº 1, pp. 904-914; <http://www.uc3m.es/cdt>); E.CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2021.

⁴ Un análisis actual puede consultarse en R.ESPINOSA CALABUIG, "Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination", *Diversity and Integration in Private International Law* (N. RUIZ ABOU-NICH/M.B. NOGHETAQUELA. eds), Edimburg University Press, 2019, pp. 65-82.

II. Hechos y evolución judicial

5. En el sustrato fáctico encontramos un supuesto de internacionalidad débil. Matrimonio de extranjeros residente en España y divorcio en España. No obstante, coinciden la nacionalidad francesa de los excónyuges (irrelevante desde la perspectiva del foro) y la celebración del matrimonio en Francia, habiendo pactado los esposos en aquel momento un acuerdo de elección del derecho francés para las cuestiones relativas al régimen económico

6. El divorcio se plantea en términos contenciosos. Una vez disuelto el vínculo matrimonial, la ex cónyuge solicitaba la guarda de la hija menor además de una pensión mensual y distintas cantidades por conceptos médicos y otros gastos extraordinarios así como otra pensión para el otro hijo; adicionalmente el uso de la vivienda familiar y para sí una pensión compensatoria además de una pensión por razón de trabajo -prevista en el art. 232.5 y ss del Código civil de Cataluña- pretensiones éstas que se monetarizaban en cantidades importantes. Destaca el dato de que en 1ª instancia eran competentes los Juzgados de violencia sobre la mujer de la localidad de Girona, de donde procede la sentencia de 14 de diciembre de 2018. Dicha sentencia modifica las pretensiones de la ex esposa otorgando el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, reconociendo la guarda y custodia de la menor a la madre y dejando abierto el derecho de visita del padre a lo que eventualmente pactasen. Se rebaja a la mitad la cuantía relativa a la pensión de alimentos en favor de la hija menor (1.500e/mes) si bien mantiene la cuantía de la pensión de alimentos en favor del otro hijo (1.500e/mes) sometida a un plazo de 3 años. Finalmente, se admite una pensión compensatoria inferior a la inicialmente solicitada (8000e/mes) por un periodo de diez años y estima improcedente “fijar importe” en concepto de compensación por razón de trabajo en favor de la ex esposa.

7. En 2ª instancia la AP de Girona, Sección 2ª, de 24 de julio 2019, rebaja todas las cuantías respecto a la pensiones inicialmente establecidas admitiendo únicamente la prestación compensatoria, y se desestiman todos los demás *petitum* respecto de la sentencia apelada.

8. El ex esposo recurre al TS al amparo del recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1, 2º LEC en relación con el artículo 218.1 del mismo cuerpo legal por vulnerar el principio de congruencia, al obviar en su parecer la cuestión controvertida y no haberse resuelto la cuestión de la incompetencia del tribunal -español- en materia económico matrimonial. En casación el recurso se sustenta en la infracción del art. 5 del Reglamento UE nº1259/2010 relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en relación con el art. 107 Cc, tras la reforma experimentada por esta norma en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, al entender que concurre interés casacional dado que la vigencia de esta norma es inferior a cinco años y no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera. Anticipo que ambos fueron rechazados con buen criterio por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia num 89/2021.

III. Competencia judicial internacional y diversidad de instrumentos: la delimitación del Tribunal Supremo

9. En el TS la Sala desestima el recurso por infracción procesal, planteado sobre la base de la infracción del art. 469.1 LEC (Infracción de normas de jurisdicción y competencia). El recurrente denunciaba la incongruencia dado que según él el tribunal no se habría pronunciado sobre la incompetencia de los tribunales españoles para juzgar acerca de la materia económico matrimonial⁵. Cuestión que se despeja, por una parte, poniendo énfasis en el dato de que el demandante nunca impugnó la competencia⁶; y, por otra, se destacan las normas aplicadas en instancia como fundamento de la competencia en

⁵ FJ Tercero, apart.1

⁶ FJ Tercero, apart.4

instancia y en la AP: en particular el Reglamento UE 4/2009, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos- y sobre todo por la Audiencia -que acoge la anterior y añade, el art. 5 Reglamento UE 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como los arts. 9.2 y 107 Cc para pronunciarse sobre la ley española como ley aplicable al caso y, en concreto, el Código civil de Cataluña.

10. En realidad no se sostiene la infracción procesal por incongruencia dado que la sentencia no ha omitido pronunciarse ni sobre la competencia judicial ni sobre la ley aplicable⁷. En el planteamiento y desarrollo del motivo, la confusión es la del propio demandante al involucrar la cuestión de la competencia judicial con la relativa a la ley aplicable -al invocar un acuerdo prematrimonial por el que se pactaba la aplicación de la ley francesa a la cuestión del régimen económico-, por lo que la cuestión de la determinación del derecho aplicable se desplaza a la respuesta del recurso de casación.

11. Expone la Sala las normas aplicables siguiendo el correcto razonamiento. 1º) La competencia judicial para la disolución del vínculo, se sujeta al Reglamento UE 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que al introducir numerosos foros de competencia permite afirmar en el caso la competencia de los tribunales españoles por la residencia habitual común de los exesposos⁸. En todo caso, la competencia judicial internacional puede impugnarse mediante la declinatoria (arts. 39 y 63 LEC), cauce que no utilizó el demandado recurrente.

12. 2º) La competencia de los tribunales españoles en cuanto a la cuestión de la pensión compensatoria entra dentro del ámbito del Reglamento UE 4/2009, dado que aunque dicha pensión “no se limita a un simple derecho a alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio”⁹, siguiendo la jurisprudencia del TJUE debe considerarse que “las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre ex cónyuges (entran dentro de su ámbito)... en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico”¹⁰. Y dado que, pese a que los cónyuges escogieron en el momento de la celebración de su matrimonio el derecho francés como rector de su régimen económico pero no pactaron la competencia de los tribunales, son de aplicación los foros objetivos de competencia previstos por el Reglamento UE 4/2009 para los conflictos en materia de alimentos; entre éstos, además del foro de la residencia habitual del demandado y el de la residencia habitual del acreedor, el art. 3 prevé otro foros, y entre éstos el foro para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio cuando la reclamación de alimentos sea una acción accesoria (art. 3 letra c).

13. 3º) No obstante la Sala entiende que aunque dichas reglas fueron mencionadas en instancia y en apelación, no se afinó en lo relativo al ámbito material del Reglamento 4/2009, razón por la cual se pronuncia sobre dicho Reglamento para afirmar que éste no se aplica a la compensación económica por el trabajo, indemnización típica del régimen de separación de bienes, lo cual no impide que la competencia de los tribunales españoles sea incuestionable conforme a la regla interna, esto es, el art.22 quater LOPJ¹¹, que prevé la competencia de los tribunales españoles “cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda...”¹². Y esto, habida cuenta que, en rigor, el fundamento de la competencia podría haberse sustentado en el Reglamento UE 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales,

⁷ FJ Segundo, apart.2. v).

⁸ FJ Tercero, apart.4.

⁹ FJ Tercero, apart.4

¹⁰ FJ Tercero, apart.4.

¹¹ Las reglas internas de competencia judicial internacional se aplicarían de manera residual (cf. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18 ed, Granada, Comares, 2018, pp.248 y 24

¹² FJ Tercero, apart.4, iv)

de no ser porque este Reglamento es de aplicación en lo relativo a los foros de competencia judicial, a las demandas relativas a regímenes económicos interpuestas con posterioridad a 29 de enero de 2019, fecha de su entrada en vigor (arts. 69 y 70 R)¹³, no siendo este el caso¹⁴, dado que el proceso ya estaba iniciado cuando entró en vigor.

14. 4º) En cuanto a las pensiones hacia los hijos, los tribunales competentes eran los españoles pues la demanda de alimentos era accesoria a la acción de estado (art. 3.c R 4/2009) con independencia de que la competencia cristalizaría también en los tribunales españoles por el hecho de la residencia en España del demandado o del acreedor de los alimentos conforme al Reglamento UE 4/2009 (art. 3 a) y b)¹⁵.

15. 5º) Por último, en cuanto a las medidas de protección sobre la hija menor que fueron adoptadas conforme a la ley del foro, la Sala corrige el fundamento jurídico e invoca la norma pertinente, a saber, el art. 9.6 Cc que remite al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1995, sobre protección de menores, construido éste sobre la asignación de la competencia a los tribunales de la residencia habitual del menor (art. 15.1), excluyendo que dicha intervención pudiera fundarse sobre la aplicación territorial del derecho civil autonómico o sobre el art. 5 del Reglamento UE 1259/2010, que nada tiene que ver¹⁶.

16. Queda claro que la Sala TS ordena la entrada de los distintos instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional en una acción de divorcio que trae aparejada reclamaciones de alimentos hacia el ex cónyuge y hacia los hijos, además de medidas de protección; al tiempo que dichas reglas de atribución de la competencia constituyen en su conjunto un exponente de intensa especialización de la materia, si bien todas conducían a los Tribunales españoles por la presencia por residencia habitual en España de los afectados. La intervención del TS es determinante en cuanto a la calificación de la prestación por el trabajo como institución perteneciente al régimen económico -de separación- y por tanto excluida del Reglamento 4/2009 sobre alimentos, si bien en instancia se había descartado la aplicación del Derecho civil catalán por la presencia de un pacto entre esposos de elección del derecho francés.

IV. Ley aplicable a los aspectos económicos derivados del divorcio y diversidad normativa: la delimitación del Tribunal Supremo

17. También se inadmite la casación. En el recurso en casación el demandante invoca la aplicación incorrecta del art. 5 del Reglamento UE 1259/2010, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en relación con el art. 107.2 Cc, disposición ésta que reconoce la prioridad de DIPr del Derecho de la UE en estas cuestiones. Aquel reconoce la autonomía de la voluntad y, según el recurrente “admite que los cónyuges escojan la ley aplicable, de acuerdo con el art. 1255 Cc, cosa que hicieron, eligiendo la ley francesa”¹⁷. Solo este argumento pone de manifiesto la enorme confusión del recurrente entre el plano de la competencia judicial internacional y el correspondiente al derecho aplicable.

18. Parece evidente que el objetivo era la sumisión de la pensión compensatoria a derecho civil francés -¿menores cuantías?- y no al Derecho civil catalán que es ley española. Es en este punto donde arranca el principio de la confusión: alude al Reglamento 1259/2010 relativo al derecho aplicable a la disolución del vínculo matrimonial por separación o divorcio, y por tanto excluyendo las obligaciones de alimentos así como las cuestiones derivadas del régimen económico, sujetas éstas a sus correspondientes Reglamentos europeos.

¹³ A diferencia de las normas sobre ley aplicable (capítulo III) que no son de aplicación a los regímenes económicos derivados de matrimonios anteriores a dicha fecha ((art. 69.3 R).

¹⁴ FJ Tercero apart. 5. v)

¹⁵ FJ Tercero apart. 4, v).

¹⁶ FJ Tercero, apar. 4, vi).

¹⁷ FJ Cuarto, apart.1.

19. No sorprende, en primer término, la admisión del interés casacional, una práctica que no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸. La obligación de aplicar la norma de conflicto pertinente alcanza también a las normas contenidas en instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento y cuyas obligaciones en su momento asumió España. Comprendería las contenidas en un importante número de Convenios internacionales (art. 96.1 CE) y 1.5 Cc) y Reglamentos de la Unión Europea que precisamente hoy constituyen la columna vertebral del DIPr español. Así se ha entendido por el TS en la STS 198/2015, de 17 de abril¹⁹ al afirmar que “El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art.12.6Cc), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional”²⁰.

20. Al inadmitir el recurso de casación la Sala 1º) Destaca la confusión en la argumentación jurídica sobre la que se sustentan las pretensiones del recurrente, quien pretende a lo largo de todo el procedimiento la aplicación de la ley francesa, excepto en relación con la pensión compensatoria respecto de la que opta, bien negar su procedencia, bien por solicitar una rebaja de la cuantía y el tiempo de duración, con cita en el derecho catalán y en la jurisprudencia del TS²¹. 2º) Desarrolla una función ciertamente pedagógica al ordenar la aplicación de las distintas normas a retener en el caso, mediante una delimitación temporal y sobre todo material de los ámbitos de aplicación de los instrumentos jurídicos invocados tanto en instancia como en la Audiencia y completa la argumentación.

21. 1º) Excluye que el pacto otorgado por las partes antes de la celebración del matrimonio, conforme al cual el régimen económico sería el del derecho francés, pueda ampararse en el art. 5 del Reglamento 1259/2010 ni en el art. 107 Cc, dado que “ni uno ni otro son aplicables a los efectos patrimoniales ni a las obligaciones alimentarias”, de modo que resulta improcedente su cita²².

22. 2º) Como también lo es la referencia al art. 9.2 Cc, cuyo ámbito de aplicación comprende las relaciones jurídicas entre los cónyuges incluidos el régimen económico matrimonial, su disolución y liquidación, y complementariamente dentro de su ámbito por el art. 9.3 Cc, conforme al que habrá que decidir acerca de la validez del pacto de separación de bienes otorgado por los esposos. En este punto la Sala aclara que la norma pertinente es el art. 9.3 Cc y no el Reglamento UE 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aplicable en su Capítulo III a los matrimonios celebrados con posterioridad a 29 de enero de 2019, no siendo este el caso²³.

23. 3º) Una vez descartadas las normas incorrectamente invocadas, la Sala desarrolla una función ciertamente pedagógica al establecer el ámbito de aplicación respectivo del Reglamento UE 4/2009 y el Protocolo de La Haya de 2007 sobre obligación de alimentos, que no había sido invocado. Así, establece que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina conforme al Reglamento UE 4/2009, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos, cuyo art. 15 se remite al Protocolo de La Haya, de 27 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y centra en éste la exposición. Junto a la

¹⁸ Así lo he explorado en “Recurso de casación y aplicación del Derecho extranjero. La perspectiva del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, (A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*), Colección Derecho y Letras, nº 1, vol. 2, Murcia, 2019, pp. 797-823

¹⁹ RJ \ 2015 \ 1350

²⁰ En la misma dirección STS 13 enero 2016 (Cendoj: 28079110012015100010) en la que se juzgaba acerca de la responsabilidad respecto a daños causados a los pasajeros en un accidente de aviación. La norma “europea” estaría reforzada por el principio de la primacía del Derecho europeo y en particular, las contenidas en Reglamentos de la UE, al ser de aplicación directa y obligatoria en todos sus elementos (art. 288.2 TFUE).

²¹ FJ Quinto, apart 1.). La petición de compensación por el trabajo se desestima en instancia, al estar prevista por el derecho catalán para los matrimonios sometidos al régimen de separación de bienes del derecho catalán, no siendo ésta la ley aplicable al matrimonio litigioso sino el derecho francés.

²² FJ Quinto, apart.1, i).

²³ FJ Quinto, apart.1, ii).

norma general (art. 3), el Protocolo prevé dos reglas especiales que vienen al caso: una para los supuestos de obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges en caso de oposición (art. 5), y otra por la que se admite que acreedor y deudor de alimentos designen en cualquier momento alguna de las leyes contempladas (art. 8.1 c) y d); adicionalmente, resalta el art. 16.2.a del Protocolo, que acoge el sistema de remisión directa en los casos en que la norma de conflicto designe el derecho correspondiente a una unidad legislativa dentro de un Estado.

24. 4º) Proyectados al caso, el TS afirma que los cónyuges pactaron con anterioridad a la celebración de su matrimonio el régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado por el derecho francés; pero “ni en ese momento eligieron la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en caso de divorcio, ni consta que en otro momento designaran la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en los términos previstos en los arts. 7 y 8 del Protocolo”²⁴, pues, en efecto, no consta un acuerdo escrito como se exige en los arts. 7.2 y 8.2 del Protocolo para modificar el juego de las reglas generales. Con buen criterio, añade que no basta para desplazar la regla general -residencia habitual del acreedor de los alimentos- “la oposición que el demandado ha hecho a la aplicación de la ley española invocando de manera genérica la ley francesa”, dado que ni ha justificado la mayor vinculación con la ley de otro Estado (ex. art. 5 Protocolo), ni las razones por las que sería más adecuado estar a la legislación francesa (que, por lo demás, “también prevé una prestación compensatoria de naturaleza indemnizatoria y alimentaria para los casos de divorcio, con independencia del régimen económico matrimonial”).

V. Observaciones

25. De entrada la STS objeto de este comentario cumple una importante función al proceder a una delimitación de ámbitos materiales y de paso traer a colación el Protocolo de la Haya sobre obligaciones de alimentos que era el instrumento jurídico pertinente para determinar el derecho aplicable a una prestación compensatoria a pesar del cúmulo de disposiciones incorrectamente invocadas por el demandante.

26. Tampoco la confusión del demandante -o de su abogado- debe extrañar. A una sociedad internacional policéntrica en sus estructuras de poder y decisión, le corresponde un DIPr descentralizado en su formación, forjado a partir de tendencias centrípetas y verticales en la formación del Derecho en coexistencia con tendencias centrífugas en el espacio mundial o transnacional²⁵. El fenómeno globalizador hace visible la conformación de un mundo cada vez más fragmentado en distintos centros de producción normativa alterando los presupuestos formales del DIPr²⁶. El intérprete tiene que acostumbrarse a vivir en la complejidad del Derecho dado que los presupuestos de su examen pueden ser múltiples y de carácter contradictorio. Y este es un caso paradigmático: normas internacionales procedentes de distintos centros, normas internas e incidencia del derecho civil especial.

27. El caso y la sentencia ponen de manifiesto lo que en los años noventa del siglo pasado era tendencia y hoy tiene plena vigencia: la especialización de las normas de DIPr, cuyo precursor en la doctrina española (J.D. GONZALEZ CAMPOS), ya advertía acerca de la diversificación de las normas de DIPr en función de la fuente de producción²⁷ y de la especialización de las soluciones por exigencias

²⁴ F.J. QUINTO, apart. 3).

²⁵ Uno de los elementos definitorios de la sociedad internacional contemporánea (vid. J.DELBRUCK “Structural Changes in the International Systems and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization”, *Ann.Suisse Dr. Int.Eur.*, 2001/1, pp. 1-36).

²⁶ Un rasgo que también afecta al sistema español de DIPr (vid. D. FERNÁNDEZ ARROYO/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Espagne”, *Juris-Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 60, Lexis-Nexis, París, enero de 2021. Sobre la coexistencia entre el DIPr europeo y el derecho nacional, J.CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado y Dogmática jurídica*, Granada 2021, nums 280-286.

²⁷ Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général”, *R. des C.*, t. 287 (2000), 2002, p. 161.

materiales o por la toma en consideración de la realidad a regular²⁸, en su caso, por la falta de acuerdo político que impediría -de hecho ha impedido- que los distintos aspectos de una misma relación queden sometidos a un único instrumento²⁹. Pues bien, el futuro ya ha llegado. El ejemplo de la regulación internacional de la obligación de alimentos es paradigmático. En sede de competencia judicial la regla general de atribución basada en la residencia habitual del acreedor o del deudor coexisten con la asignación de competencia a la jurisdicción que lo sea para la acción de estado (divorcio) (art. 3 c R 4/2009)³⁰.

28. En materia de ley aplicable a la obligación de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges la especialización provoca que las soluciones oscilen entre la solución general basada en el *favor creditoris* (residencia habitual del acreedor de los alimentos, ex art. 3 Protocolo 2007) en coexistencia con otras soluciones especiales para los supuestos de alimentos entre ex esposos: si hay oposición, última residencia habitual común durante el matrimonio (art. 5 Protocolo 2007) e incluso posibilidad de elegir entre distintas leyes y, entre otras, la ley rectora del divorcio o la del régimen económico (art. 8.1.d. y c.) Protocolo 2007). La primera es una especialización de la regla general. La segunda, al plantear la posibilidad de someter la obligación de alimentos a la ley aplicable a las relaciones económicas del matrimonio o a la ley rectora del divorcio escogidas por los cónyuges (art. 8 Protocolo), comporta la emergencia de una nueva conexión que se añade a la regla general; o lo que es igual, se introduce otra conexión -autonomía de la voluntad-, por lo demás susceptible de someter el mismo problema -obligación de alimentos entre ex esposos- a leyes diferentes que nada tengan que ver con la residencia habitual del acreedor. El Protocolo de 2007 es exponente de una radical especialización de la regulación de la obligación de alimentos entre cónyuges y excónyuges³¹.

29. Más aun, la diversificación de instrumentos internacionales suscita problemas de delimitación³² que el TS resuelve exhaustivamente como se ha visto. Realmente desarrolla una tarea de disección. Es cierto que con la especialización de los supuestos se consigue una mejor localización. Pero esta técnica de regulación posee una incidencia en los llamados problemas de aplicación. Y si bien aminora problemas como el reenvío o el orden público, potencia otros como el relativo a la calificación: decidir si una pensión compensatoria en favor de uno de los cónyuges, habiendo un pacto sobre el derecho aplicable al régimen económico, es una obligación de alimentos o pertenece al régimen económico, puede no ser tan evidente y la cuestión se complica habida cuenta de la existencia de al menos tres instrumentos internacionales en vigor susceptibles de incidir según se opte por una calificación u otra.

30. Si subyace, y es una cuestión omitida por el TS en este caso, el riesgo de descoordinación entre las leyes reguladoras de la liquidación del régimen económico y de los alimentos (pensión compensatoria). Esto es, ¿Qué ocurre si la ley rectora de esta última (española) prohibiera tener en cuenta los ingresos procedentes de la liquidación del régimen económico (ley francesa) y se generan desequilibrios?. El art. 14 del Protocolo contempla la posibilidad a los efectos de determinar la cuantía de los alimentos y desplaza al intérprete la necesidad de adaptación de las soluciones, al indicar que “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.” Ello supondría, por lo demás, condicionar la decisión sobre la pensión compensatoria al resultado de la liquidación del régimen económico.

31. Por último, en el caso subyace la cuestión de los conflictos internos vinculados a un conflicto internacional, al ser finalmente el Derecho civil catalán correspondiente a la residencia habitual del acreedor de los alimentos el designado por la norma de conflicto. Un nuevo condicionante del DIPr

²⁸ *Ibid.* p. 173

²⁹ *Ibid.* p. 175

³⁰ Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar...”, cit.

³¹ Cf. J.D.GONZÁLEZ CAMPOS, pp. 167-168

³² Vid. J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, cit. espec. num. 349.

contemporáneo³³, que no tiene por qué dar problemas cada vez que la norma de conflicto internacional o europea opte por la técnica de la remisión directa. Ello implica que cada uno de los territorios que cuentan con su propio derecho serán considerados como un país³⁴ (p.ej. art. 16.1 Protocolo 2007); en particular si la conexión es la residencia habitual, por la que fácilmente se designara un territorio con su derecho propio, partiendo del principio de igualdad entre todos los derechos españoles³⁵.

32. No se deduce de los hechos narrados el eventual cambio de residencia del acreedor de los alimentos en el curso del proceso y de ahí que el TS orille el problema, supuesto que puede ser frecuente en los divorcios internacionales: que el acreedor regrese a su país de origen o al de celebración del matrimonio. El Reglamento 4/2009 no se plantea qué hacer cuando se cambia de residencia a mitad del proceso. ¿Debe tenerse en cuenta esta circunstancia?. ¿Se puede “cambiar” de ley dando audiencia a las partes³⁶? ¿Hay que iniciar un nuevo litigio para revisar las cuantías?. ¿Hay que esperar a la siguiente instancia para ponerlo de manifiesto?. Como se ha dicho, la posibilidad de pactos prevista por el art. 8 del Protocolo presenta la ventaja de evitar los cambios de ley resultante de un conflicto móvil³⁷, posibilidad que se refuerza al disponer que podrán elegir “en cualquier momento”, de donde cabría deducir que dicha elección pueda tener lugar en el curso del proceso, aunque en esta fase es poco previsible la capacidad de negociación y pacto de los exesposos...³⁸.

33. Diversificación y especialización normativa traen aparejada la confusión y la inseguridad jurídica en los operadores en la búsqueda de las respuestas en el caso concreto. De ahí que la labor de la jurisprudencia resulte esencial para alumbrar las soluciones como lo ha sido en este caso.

³³ Expresión que tomo de R. ARENAS GARCÍA, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, AEDIPr, 2010, pp. 547 ss.

³⁴ Cf. R. ARENAS GARCÍA, *ibid.*, p. 589

³⁵ Cf., R. ARENAS GARCÍA *ibid.*, p. 591

³⁶ Si se permite por art. 3.2 Protocolo.

³⁷ Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea* (dirs. M. GUZMÁN ZAPATER/M. HERRANZ BALLESTEROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 415-442, p. 15

³⁸ Así como fomenta en los cónyuges que hagan lo necesario para propiciar que todos los aspectos del divorcio queden sometidos a una ley única Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Derecho aplicable... *ibid.* p.16).

Aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 («Bruselas I bis»)
a un contrato de trabajo no ejecutado: la STJUE de 25 de
febrero de 2021 (c-804/19)

Applicability of Regulation 1215/2012 («Brussels i bis»)
to an unexecuted employment contract: ECJ 25
February 2021 (c-804/2019)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 27.05.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7227

Resumen: Se plantea ante el TJUE un supuesto inédito en su jurisprudencia: la eventual aplicabilidad del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre (Bruselas I bis) a un litigio en materia de contrato de trabajo donde la prestación laboral no ha llegado a ser ejecutada, por razones imputables al empresario. Pese a no existir tal prestación efectiva, el TJUE determina que resultan plena y exclusivamente aplicables al litigio los foros de competencia judicial internacional contenidos en el Reglamento Bruselas I bis, por tratarse de un supuesto que cumple sus criterios de aplicación material y personal. Dicha aplicabilidad del Reglamento implica el desplazamiento de las normas estatales de competencia judicial internacional, por efecto de lo dispuesto en sus artículos 4.1 y 5. Como consecuencia, no cabe activar los foros estatales -aun cuando puedan resultar más favorables a la trabajadora-, puesto que las reglas comunitarias sobre competencia judicial en esta materia tienen no sólo carácter especial, sino también exhaustivo.

Palabras clave: competencia judicial, Reglamento Bruselas I-bis, foros nacionales de competencia judicial internacional, contrato de trabajo internacional, prestación laboral no ejecutada, Derecho internacional privado europeo.

Abstract: The ECJ deals with an unprecedented case in its jurisprudence: the eventual applicability of Regulation 1215/2012, of December 12 (Brussels I bis) to a dispute regarding an employment contract where the labor provision has not been executed, for reasons attributable to the employer. Despite the absence of such effective execution, the ECJ determines that the forums of international jurisdiction contained in the Brussels I bis Regulation are fully and exclusively applicable to the litigation, since it is a case that meets its criteria of material and personal application. The consequence of the applicability of Brussels I bis Regulation is the displacement of the States rules of international judicial competence, due to the provisions of its articles 4.5 and 5. Consequently, it is not possible to activate state forums -even when they may be more beneficial to the worker-, since the community rules on judicial jurisdiction in this matter are not only special, but also exhaustive.

Keywords: international jurisdiction, Brussels I-bis Regulation, national rules of international jurisdiction, international employment contract, unexecuted labor provision, European private international law.

Sumario: I. El supuesto abordado por la STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-804/19). II. Contrato de trabajo no ejecutado: la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I bis. III. El desplazamiento de las normas nacionales sobre competencia por el Reglamento Bruselas I bis. IV. Sobre la posible aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 del Reglamento Bruselas I bis. V. Conclusiones.

I. El supuesto abordado por la STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-804/19)

1. En su sentencia de 25 de febrero de 2021 (asunto C- 804/19)¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve un asunto inédito hasta la fecha: la eventual aplicabilidad de las normas de competencia judicial internacional recogidas en el Reglamento nº 1215/2012, de 12 de diciembre, a un contrato de trabajo cuya prestación laboral no ha llegado a ser ejecutada. Esta circunstancia suscita dudas en torno a la efectiva existencia de un «lugar de trabajo», y correlativamente, en el caso planteado, sobre la posibilidad de modificar las normas de competencia contenidas en el Reglamento mediante la aplicación de normas de competencia nacionales.

2. Los hechos que dan origen a este litigio comienzan en 2017, cuando una trabajadora domiciliada en Salzburgo (Austria) recibe en dicha ciudad una oferta de trabajo de la empresa Markt24, con domicilio en Unterschleißheim (entidad territorial de Múnich, Alemania), a través de un empleado de la citada sociedad. En ese momento, la empresa disponía de una oficina en Salzburgo, si bien el contrato de trabajo no se firmó en sus instalaciones, sino en una panadería situada en la misma ciudad. La duración pactada fue de poco más de tres meses (del 6 de septiembre al 15 de diciembre de 2017) y la prestación a desarrollar, como agente de mantenimiento, eran tareas de limpieza, siendo Múnich el lugar de trabajo determinado.

3. Durante el citado período, la empresa Markt24 no asignó trabajo alguno a la demandante, que permaneció localizable telefónicamente y mantuvo su disponibilidad para trabajar. Por su parte, ésta afirmó carecer de forma alguna para contactar con el empleado de la sociedad con el que había celebrado el contrato, donde sólo se mencionaba el teléfono austriaco de Markt24 y una dirección alemana de dicha sociedad. No obstante su falta de actividad laboral, la trabajadora estuvo inscrita en el organismo de seguridad social austriaco como trabajadora por cuenta ajena hasta el 15 de diciembre de 2017, siendo despedida con posterioridad.

4. En abril de 2018, interpone demanda contra Markt24 ante el Tribunal Regional de Salzburgo (*Landesgericht Salzburg*), reclamando los salarios pendientes, las pagas extraordinarias prorrateadas y una compensación por vacaciones no disfrutadas durante el período de contratación, por un importe total de 2.962,80 euros brutos. Tras resultar infructuosos sus intentos de averiguación del paradero de la demandada, el tribunal de Salzburgo designó, en diciembre de 2018, a un mandatario para que la representase en el procedimiento, de conformidad con la legislación procesal austriaca. En enero de 2019, dicho mandatario impugna tanto la competencia de los órganos jurisdiccionales austriacos en general como la del tribunal remitente en particular.

5. En este punto, el Tribunal Regional de Salzburgo suspendió el procedimiento a fin de plantear ante el TJUE diversas cuestiones prejudiciales, que se irán desgranando seguidamente, pivotando todas ellas sobre un asunto principal: ¿resulta aplicable el artículo 21 del Reglamento nº 1215/2012 («Bruselas I bis») a una relación de trabajo en la que una trabajadora no ha realizado en la práctica prestación laboral alguna?

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de febrero de 2021, *BU c. Markt24 GmbH*, C-804/19 [ECLI:EU:C:2021:134].

II. Contrato de trabajo no ejecutado: la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I bis

6. Como es sabido, el Reglamento Bruselas I bis contiene en la sección 5ª de su capítulo II una reglamentación *ad hoc* de la competencia judicial internacional en el ámbito del contrato individual de trabajo. Dichas normas (arts. 20 a 23) determinan la competencia de las jurisdicciones nacionales en materia laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6, 7.5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, en el artículo 8.1. Esto implica que, aun cuando la competencia judicial viene designada por las normas recogidas en esta sección, si el empresario está domiciliado en un tercer Estado, el trabajador puede utilizar también los foros contenidos en el ordenamiento procesal nacional del Estado miembro ante el que se interponga la demanda (art. 6.1). Correlativamente, resultan puede resultar igualmente aplicables a la relación laboral los foros del lugar de situación de la sucursal, agencia y cualquier otro establecimiento (art. 7.5), y del litisconsorcio pasivo (art. 8.1).

7. Una de las finalidades de estos foros es la tutela del trabajador, parte débil de la relación contractual, objetivo que aborda el Reglamento tratado de establecer normas de competencia más adecuadas a sus intereses. En sede de competencia judicial, esta mayor favorabilidad se traduce en una finalidad clara: favorecer el acceso del trabajador a los tribunales que le resulten más “cercanos”². Tal es la razón de que el régimen competencial varíe según ocupe el trabajador la posición procesal de demandante o demandado. En el primer caso, las opciones para litigar son más amplias (art. 21), restringiéndose por el contrario las posibilidades del empresario cuando demande al trabajador (art. 22).

8. El artículo 21 instaura los foros al servicio del trabajador demandante (apartado 1), extendiendo parcialmente su aplicación a los supuestos en que el empresario no tenga su domicilio en un Estado miembro (apartado 2). El precepto otorga al trabajador demandante dos opciones de litigar: los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio el empresario (apartado a) y en otro Estado miembro, ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo, o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado (apartado b).

9. Estas dos alternativas se completan con sendas precisiones: para el foro del domicilio del empresario, estipulando que cuando éste no se encuentre en un Estado miembro pero el empresario posea en dicho territorio una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se le considerará domiciliado en tal lugar para todos los litigios derivados de su explotación (art. 20.2). Y respecto al foro del lugar de prestación habitual de los servicios, se prevé la eventualidad de que no exista tal lugar, por desempeñarse el trabajo en varios Estados, siendo en tal caso competente el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador. Como cierre de este elenco de foros de competencia, el apartado 2 del artículo 21 aborda la eventualidad de que el empresario tenga su domicilio en un Estado miembro, permitiendo activar en tal caso los foros del apartado b: *locis excutionis* o lugar de situación del establecimiento contratante. Esta doble posibilidad constituye una evidencia más del carácter tuitivo de esta regulación, que en gran medida se sustenta sobre la apertura de diversas opciones procesales para el trabajador demandante.

10. Bien es cierto que supuestos como el que aquí tratamos -donde no ha llegado a existir un lugar efectivo de prestación laboral- permiten cuestionar la eficacia real de estos foros de competencia, justo es reconocer que su objetivo primordial es proteger al trabajador, corrigiendo -o reduciendo- su ‘debilidad intrínseca’ a través del equilibrio de su posición procesal³. Tal es, por ejemplo, la intención que subyace al hecho de que el foro del lugar de ejecución del trabajo o del lugar de contratación se

² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, València, 2020, tomo II, p. 3366.

³ Así lo expresa la STSJ Cataluña de 26 marzo 2010 (AS\2010\1693), en referencia al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 («Bruselas I»): “La necesidad de tutelar al trabajador considerado parte débil de la relación jurídica justifica esta opción que se articula bien mediante la utilización de los foros próximos al trabajador bien limitando el juego de la autonomía de la voluntad o bien ampliando, sólo a la parte tutelada, las posibilidades de elección de tribunal internacionalmente competente”.

active aun cuando el empleador no tenga su domicilio en un Estado miembro. Teniendo en cuenta que el domicilio del demandado en la Unión Europea constituye una condición general de aplicación del Reglamento, de no establecerse esta previsión específica dichos supuestos quedarían fuera de su radio de acción, por lo que resulta obligado valorar positivamente su inclusión en el texto⁴. Sin perjuicio de lo cual, más dudas suscita la efectividad de otras disposiciones competenciales, que facultan al trabajador demandar a su empresario bien en el Estado de su domicilio o bien ante el país de ejecución del servicio y de la contratación laboral, en caso de que no coincidan. Así lo evidencia el presente supuesto, donde las reclamaciones de la trabajadora demandante sólo pueden presentarse ante los tribunales del Estado del domicilio del empleador, aun cuando toda la ‘relación’ laboral haya transcurrido en un país miembro diferente y no haya existido *de facto* un lugar de prestación de servicios.

11. Como se ha indicado, en el litigio resuelto por la sentencia de 25 de febrero de 2021, se daba una circunstancia no abordada hasta entonces por el TJUE: el hecho de que la prestación laboral no había sido efectivamente realizada, pese a la existencia del contrato de trabajo, que sí estipulaba el lugar de prestación de los servicios (Múnich). Esta falta de prestación efectiva llevó al Tribunal Regional de Salzburgo a preguntar al TJUE, como cuestión de base, por la aplicabilidad a dicha relación laboral de los foros de competencia sobre contrato individual de trabajo contenidos en el Reglamento Bruselas I bis.

12. Literalmente, planteaba el tribunal austríaco: “¿Se aplica el artículo 21 del Reglamento n.º 1215/2012 a una relación laboral en la que, pese a haber celebrado un contrato de trabajo en Austria para prestaciones de trabajo en Alemania, la trabajadora, que durante varios meses estuvo en Austria dispuesta para trabajar, no ha realizado ningún trabajo?”. A la eventual respuesta afirmativa del TJUE a esta cuestión, el tribunal austríaco anudaba otra cuestión, relativa a la aplicación de las normas nacionales sobre competencia judicial, que se examinará con posterioridad.

13. Para responder a esta primera cuestión, el TJUE se centra de forma exclusiva en determinar si ha existido efectivamente un contrato individual de trabajo en el sentido autónomo que a dicha institución otorga su jurisprudencia⁵. En esencia, esta doctrina uniforme considera que la relación individual de trabajo se da cuando concurre un nexo de subordinación entre el trabajador y el empresario, pues la nota determinante es la obligación que recae sobre el primero de realizar, durante cierto tiempo, en favor del segundo y bajo su dirección, determinadas prestaciones, por las que recibe una retribución⁶. Estas circunstancias ocasionan la existencia de un contrato de trabajo que vincula a las partes, con el efecto inmediato de activar la previsión del artículo 20 del Reglamento Bruselas I bis, con independencia de si se ha ejecutado o no el trabajo objeto de dicho contrato.

14. Concurriendo tales elementos, para el Tribunal resulta por completo irrelevante el hecho de que la prestación laboral objeto de dicho contrato no haya sido finalmente ejecutada, “por alguna razón imputable a dicho empresario”⁷. Esta última puntualización no es baladí, pues, como señala el Abogado General en sus conclusiones⁸, la no aplicación del régimen competencial del Reglamento al presente supuesto implicaría privar al trabajador de la protección que le brindan sus foros, así como las restricciones que impone a la actividad procesal del empresario. Si ello ocurriera, es decir, si la ausencia de trabajo efectivo implicase la exclusión de la relación laboral de este sistema tuitivo, en este caso, el empresario negligente

⁴ Sobre esta finalidad tuitiva respecto a consumidores y trabajadores, *vid.* Considerando 14 del Reglamento 1215/2012.

⁵ *Vid.* al respecto, STJUE de septiembre de 2017, C- 168/16 y C-169/16, *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair Designated Activity Company* [ECLI:EU:C:2017:688]; y STJUE de 10 de abril de 2003, C-437/00, *Giulia Pugliese c. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio* [ECLI:EU:C:2003:219].

⁶ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim* [ECLI:EU:C:2015:574]; y STJUE de 11 de abril de 2019, C603/17, *Peter Bosworth y Colin Hurley c. Arcadia Petroleum Limited y otros*, [ECLI:EU:C:2019:310].

⁷ Apartado 28.

⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 29 de octubre de 2020 [ECLI:EU:C:2020:875].

resultaría «premiado» con un mayor margen de actuación en una eventual demanda contra el trabajador, incluyendo la posibilidad de oponer un acuerdo de atribución de competencia contrario a sus intereses.

15. Junto a esta consecuencia, no menor es la merma de la previsibilidad que pretende otorgar las normas de competencia del Reglamento Bruselas I bis. La posibilidad de conocer de antemano, en el momento de la conclusión del contrato, ante qué concretos tribunales pueden las partes presentar su demanda o ser demandadas, quedaría al albur de la voluntad de cumplir en la práctica las obligaciones estipuladas en el contrato de trabajo de cara a su efectiva ejecución.

16. En consecuencia, con esta respuesta a la primera cuestión prejudicial, el TJUE elimina el juego de cualquier elemento subjetivo -como la voluntad de las partes- de cara a la determinación de la aplicabilidad de las normas de competencia judicial contenidas en el Reglamento. En esencia, lo que hace el Tribunal comunitario es utilizar criterios estrictamente objetivos para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento: el material (la existencia de una relación laboral), el personal (la ubicación del domicilio del demandado en un Estado miembro) y la presencia del elemento extranjero (dado el carácter transfronterizo de la relación). En caso de darse estas circunstancias, no cabe distraer el juego de las normas de competencia judicial en virtud del ejercicio de la voluntad de una de las partes, que finalmente opta por vaciar de contenido efectivo al contrato de trabajo.

III. El desplazamiento de las normas nacionales sobre competencia por el Reglamento Bruselas I bis

17. Declarada, pues, la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I bis al caso, el TJUE aborda la siguiente cuestión prejudicial, planteada para el supuesto de que la primera respuesta fuera afirmativa. Así, el órgano remitente planteaba si, no obstante la aplicabilidad del artículo 21 del Reglamento, cabía la posibilidad de dar entrada a la normativa austríaca sobre competencia judicial, que permitía a la trabajadora presentar su demanda ante los tribunales de su propio domicilio. En concreto, esta posibilidad derivaba de la Ley Federal sobre Órganos Judiciales Competentes en Materia Social y Laboral, de 7 de marzo de 1985, cuyo artículo 4 otorga competencia, a elección del demandante: al tribunal en cuyo partido tenga el trabajador su domicilio o residencia habitual durante la relación laboral o donde lo tuviera en el momento de extinguirse ésta; al tribunal en cuyo partido deba abonarse la retribución, o debía abonarse, en caso de que se hubiera extinguido la relación laboral.

18. En el presente caso, ambos foros determinaban la competencia del tribunal de Salzburgo, consagrando la legislación austríaca en este punto un *fórum actoris* que no recoge el Reglamento 1215/2012. Antes al contrario, de conformidad con los criterios de competencia ya vistos, la noma comunitaria determinaba la competencia de los tribunales de Múnich en virtud del foro del domicilio del empresario demandado (art. 21.1.a). Siendo así que la prestación laboral debía realizarse en la misma ciudad, no cabe activar el foro alternativo del lugar de desempeño habitual del trabajo que recoge el mismo precepto en su apartado b), que pretende multiplicar las opciones de litigar del trabajador demandante. Ciertamente, el presente caso de daba la peculiaridad de que, pese a fijar el contrato de trabajo el lugar de realización de la prestación laboral, en la práctica no se llegó a desempeñar actividad alguna.

19. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que, de cara a la activación del foro del artículo 21.1.b), la determinación del lugar de desempeño habitual del trabajo es una cuestión fáctica, que conforme a la jurisprudencia del TJUE debe realizarse en función de las concretas circunstancias de cada supuesto⁹. No procede, por tanto, someter la concreción del lugar de trabajo a la ley rectora del contrato, sino que

⁹ De conformidad con dicha jurisprudencia, ese lugar es aquel donde el trabajador ejerce de hecho las actividades pactadas con su empresa: STJUE de 3 de abril de 2014, C-438/12, *Irmengard Weber y Mechthilde Weber* [ECLI:EU:C:2014:212]; STJUE de 10 de abril de 2003, C-437/00, *Giulia Pugliese c. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio* [ECLI:EU:C:2003:219]; STJCE de 9 de enero de 1997, *Petrus Wilhelmus Rutten y Cross Medical Ltd* [ECLI: ECLI:EU:C:1997:7]; y STJCE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox IBC Ltd c. Hendrick Geels* [ECLI: ECLI:EU:C:1993:306].

esta labor queda determinada por la aplicación de las reglas autónomas establecidas por el TJUE, que operan además, en este aspecto, como mecanismo unificador de la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional por los Estados miembros.

20. Siendo así que el Tribunal de Salzburgo al que acudió la trabajadora demandante no resultaba competente por efecto de los foros del Reglamento, la única base jurídica que puede sustentar dicha competencia es la normativa procesal austríaca, que consagra el foro del domicilio o residencia del trabajador. La respuesta favorable del TJUE a la aplicación del Reglamento 1215/2012 implica una respuesta negativa a esta cuestión ulterior, pues se trata de planteamientos que se excluyen mutuamente. En otras palabras, la aplicación del Reglamento Bruselas I bis implica un desplazamiento de las normas estatales de competencia judicial internacional, por efecto de lo dispuesto en sus artículos 4.1¹⁰ y 5¹¹.

21. Se consolida y reafirma así la tesis del TJUE de que las normas uniformes de competencia previstas por el Reglamento n.º 1215/2012 deben prevalecer sobre las normas nacionales de competencia, extendiéndola al ámbito del contrato individual de trabajo¹², siendo así que las reglas de competencia judicial en esta materia tienen carácter “*no sólo especial, sino también exhaustivo*”¹³. Y ello, aun cuando los foros nacionales pudieran resultar más favorables para el trabajador, en el sentido de permitirle interponer su demanda ante los tribunales de su Estado de residencia, abriendo un cauce procesal que el Reglamento no contempla.

22. En el supuesto que nos ocupa, este *forum actoris* venía consagrado en el ordenamiento austríaco por el artículo 4.1.a) de la Ley Federal sobre Órganos Jurisdiccionales Competentes en Materia Social y Laboral, de 7 de marzo de 1985 (*Bundesgesetz über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz)*), que establece la competencia del tribunal en cuyo partido tenga su domicilio o residencia habitual durante la relación laboral, o donde lo tuviera en el momento de extinguirse ésta. Con esta regulación, el ordenamiento austríaco parece inscribirse en la consideración de que el lugar de prestación de los servicios no es necesariamente la mejor opción como criterio de competencia laboral¹⁴. En este sentido, convenimos con L. CARRILLO POZO cuando sostiene que el *fórum laboris* resulta apropiado en tanto subsiste la relación laboral, pero pierde su eficacia tuitiva cuando aquélla se extingue y el trabajador no reside ya en el país de la prestación laboral¹⁵. Una reflexión que resulta plenamente aplicable al presente caso, donde la trabajadora no llegó a realizar servicio alguno, por lo que no existió desplazamiento -ni mucho menos residencia- al país de ejecución acordado.

¹⁰ “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”.

¹¹ “1. Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo.

2. No podrán invocarse frente a las personas a que se refiere el apartado 1, en particular, las normas nacionales de competencia judicial que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a)”.

¹² Cfr. STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA* [ECLI:EU:C:2013:860]; STJUE de septiembre de 2017, C- 68/16 y C-169/16, *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair Designated Activity Company* [ECLI:EU:C:2017:688].

¹³ STJUE de 21 de junio de 2018, C-1/17, *Petronas Lubricants Italy SpA y Livio Guida* [ECLI:EU:C:2018:478].

¹⁴ Un criterio que, aunque de forma limitada, recoge también la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuyo artículo 10 otorga al trabajador que preste sus servicios en distintas circunscripciones territoriales, la posibilidad de optar por el tribunal de su domicilio, el del contrato, o el del domicilio del demandado. Bien es cierto que se trata de una norma de competencia territorial interna, que no encuentra correlativo en los foros de competencia judicial internacional del artículo 25 LOPJ. Sin embargo, este precepto consagra el foro de la nacionalidad española común del trabajador y el empresario, que en la práctica podría determinar, en ciertos supuestos, la competencia de la jurisdicción española del trabajador español domiciliado en nuestro país.

¹⁵ Muy certeramente, argumenta al respecto: “El punto de partida está desenfocado. El mantra según el cual la mejor forma de proteger al trabajador es dotar de competencia judicial a los tribunales del lugar de ejecución está por demostrar. Un contrato será internacional normalmente por razón del lugar donde se ejecuta el trabajo, extraño al domicilio de una o de las dos partes”. (“Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico. (Desarrollos a partir de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210/2018, parte Estudios, BIB 2018\10425).

23. La rotunda negativa del TJUE a dar entrada a las normas austríacas sobre competencia por tratarse de un supuesto sometido a la regulación del Reglamento Bruselas I bis impide plantearse la opción de las respectivas regulaciones procesales estatales como alternativa al *fórum laboris*, de forma que en supuestos de finalización o no realización de la prestación laboral el trabajador pudiera acogerse a criterio de competencia que le resultara más favorable, por cercano. En consecuencia, la única vía que queda expedita en este sentido viene dada necesariamente por el propio texto comunitario, de forma que fueran sus normas las que consagrasen la posibilidad de acogerse el trabajador a sus propios tribunales¹⁶.

IV. Sobre la posible aplicación del foro de la sucursal del artículo 7.5 del Reglamento Bruselas I bis

24. Cerrado, pues, para el tribunal austríaco el camino hacia el foro domicilio de la trabajadora demandante a través de la normativa procesal interna, el TJUE explora la posibilidad de llegar el mismo destino por diferente vía, ésta contenida en el Reglamento Bruselas I bis: el foro de la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento recogido en su artículo 7.5. Este razonamiento se sustenta sobre la viabilidad de aplicar dicho foro a los litigios laborales, expresamente consagrada en el artículo 20.1 del Reglamento: “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”.

25. Conforme al artículo 7.5, “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) 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”¹⁷.

26. Sobre esta base jurídica, el TJUE parece querer abrir a una vía coherente con su doctrina sobre la exclusividad de las normas comunitarias sobre competencia judicial frente las normas estatales en supuestos cubiertos por el Reglamento Bruselas I bis, de forma que sean los propios foros comunitarios los que lleven al resultado buscado, cual es la posibilidad de litigar en el país de residencia de la trabajadora.

27. Con este objetivo, el Tribunal encamina el órgano remitente por esta senda, instándole a que evalúe la eventual aplicación de este foro al caso controvertido. A tal fin, le sugiere la circunstancia indiciaria que puede conducirle a la meta: el hecho de que la empresa empleadora tuviera, al inicio de la relación laboral fijada por el contrato de trabajo, de una oficina en Salzburgo. Pero poco añade en este sentido el TJUE, fuera de recordar la interpretación autónoma que requieren los conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento» contenidos en el artículo 7.5 del Reglamento¹⁸. La jurisprudencia comunitaria acuñada en este ámbito establece en esencia dos criterios para considerar que una acción judicial relativa a la explotación de una sucursal tiene conexión con un Estado miembro. El primero, relativo al concepto de «sucursal», cuya concurrencia exige la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de forma duradera hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material de manera que pueda negociar con terceros y estos no tengan que dirigirse directamente a la casa matriz. Junto a este

¹⁶ Acudiendo de nuevo a L. CARRILLO POZO, “En puridad, lo que verdaderamente le beneficiaría [al trabajador] sería poder acudir a los propios, un *forum actoris* al estilo de lo que se brinda a los consumidores, lo que nunca se ha contemplado ni como opción” (*ibidem*).

¹⁷ Como indica F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, este foro constituye una suerte de opera de «pequeño domicilio» pues es un foro, operando como criterio intermedio entre el foro general y los foros especiales (*Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 100).

¹⁸ En el sentido de que implican la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de forma duradera hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Asimismo, el centro debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material de manera que pueda negociar con terceros y estos no tengan que dirigirse directamente a la casa matriz (STJUE SJUE de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular* [ECLI:EU:C:2012:491]; y STJUE de 11 de abril de 2019, C464/18, *ZX c. Ryanair DAC* [ECLI:EU:C:2019:311]).

requisito, el segundo criterio exige que el litigio en cuestión afecte a actos relativos a la explotación de una sucursal, o a obligaciones contraídas por ésta en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal¹⁹.

28. Aplicada dicha doctrina legal al presente caso, la vía procesal ofrecida por el artículo 7.5 del Reglamento se infiere cuanto menos incierta, puesto que la misma jurisprudencia interpretativa del precepto establece que el foro de la sucursal sólo resulta aplicable cuando el litigio se refiera a actos relativos a la explotación de dichas entidades o a obligaciones contraídas por estas en nombre de la casa matriz cuando dichas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentran tales entidades²⁰. En el presente caso, resulta difícil defender el encaje del supuesto controvertido en alguna de las dos posibilidades, por cuanto el litigio no presentaba una afectación directa con la explotación de la supuesta sucursal, ni la obligación laboral debía ser ejecutada en el Estado donde aquélla se ubicaba. A mayor abundamiento, hay que señalar que el contrato de trabajo ni siquiera fue firmado en el establecimiento del empleador situado en Salzburgo, sino en una panadería de dicha ciudad, por lo que la ubicación del establecimiento podría considerarse casi anecdótica.

29. Lejos de aclarar la efectividad real, *in casu*, de esta posibilidad, lo que hace realmente el TJUE es, como indica E. ROJO TORRECILLA, “*toda la responsabilidad final al órgano jurisdiccional nacional ya que por una parte en principio la demanda presentada hubiera debido serlo ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se trabajaba, o se iba a trabajar, pero inmediatamente añade que ello es sin perjuicio de la posibilidad de ser demandado en territorio “propio” si se cumplen los requisitos del art. 7.5*”²¹. Una opción que, a su juicio –coincidente con el nuestro– requeriría una interpretación flexible del precepto, que permitiera encuadrar los conflictos laborales dentro del concepto de litigio relativo a la “explotación de sucursales, agencias u otros establecimientos”, amén de que, con carácter previo, sería necesario “*averiguar si realmente existía ese ámbito de actividad empresarial en territorio austriaco de acuerdo a los criterios marcados por la jurisprudencia europea*”²².

V. Conclusiones

30. Como conclusión principal, el TJUE determina en este asunto que la relación laboral surge del contrato de trabajo (siempre que reúna los requisitos jurisprudencialmente establecidos), sin que su existencia pueda estar supeditada a la efectiva ejecución del contrato. En otras palabras, considera que un contrato de trabajo tiene lugar de ejecución de prestación aun cuando ésta no se haya efectuado. Una conclusión que se adscribe en la flexibilidad interpretativa de la relación laboral individual en el ámbito de la competencia judicial internacional ya adoptada con anterioridad²³, que han considerado que la aplicación de los foros del Reglamento Bruselas I bis no exige siquiera que las partes hayan celebrado un contrato formal, puesto que también resultas aplicables a las relaciones laborales de hecho.

31. En la presente ocasión, el TJUE parece avanzar por esa senda, considerando igualmente aplicable el sistema competencial del Reglamento a una relación laboral carente de prestación efectiva.

¹⁹ Sobre este concepto extensivo de «sucursal» *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexión en torno a la STJUE de 3 de junio de 201, C-280/20, Republika Bulgaria”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2022, Vol. 14, Nº 1, p. 92.

²⁰ SJUE de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular* [ECLI:EU:C:2012:491]; y STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, *AB «flyLAL-Lithuanian Airlines» contra «Starptautiskā lidosta “Rīga”» VAS y «Air Baltic Corporation» AS* [ECLI:EU:C:2018:533].

²¹ “Vivo en Austria y soy contratado en Austria para trabajar en Alemania durante tres meses, pero ni trabajo ni cobro salario alguno. ¿Ante que tribunales puedo accionar en defensa de mis derechos? Notas a la sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2021”, 13 de marzo de 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/vivo-en-austria-y-soy-contratado-en.html>.

²² *Ibidem*.

²³ STJUE de 11 de abril de 2019, C603/17, *Peter Bosworth y Colin Hurley c. Arcadia Petroleum Limited y otros* [ECLI:EU:C:2019:310], en el marco del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007.

La única exigencia para ello es que exista una vinculación real entre las partes -contractual o *de facto*- en el momento en que se produzcan los hechos controvertidos, sin que tenga relevancia el hecho de que la demanda se interponga una vez finalizado el contrato o la relación laboral, una vez acreditadas la duración y la estabilidad de la relación laboral. En este punto, la postura del TJUE resulta coherente con el propio objetivo de previsibilidad buscado por el Reglamento, pues no resulta infrecuente que el incumplimiento de todas o parte de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sean el origen de la interposición de la correspondiente demanda.

32. Sobre esta consideración de base desarrolla el Tribunal las restantes consecuencias de su doctrina, que en esencia se reducen a una: ratificar la primacía absoluta del sistema de competencia judicial internacional contenido en el Reglamento Bruselas I bis sobre las normativas internas que en cada Estado miembro delimitan el ámbito de actuación de sus tribunales. Dicha primacía se deriva de dos factores: la propia proclamación del Reglamento, avalada reiteradamente por su jurisprudencia interpretativa, y la necesidad de lograr una unificación jurídica de las normas nacionales de competencia judicial, pues esta diversidad dificulta el buen funcionamiento del mercado interior y puede poner en peligro la seguridad jurídica que aporta la previsibilidad procesal de poder conocer de antemano los tribunales ante los que se puede ser demandado.

33. La sentencia deja meridianamente claro el efecto inmediato de esta primacía: implica el desplazamiento absoluto de las normas nacionales de competencia, lo que impide a los Estados miembros sustituir con ellas a las contenidas en el Reglamento, o añadirlas a los foros comunitarios. Y ello, aun cuando en la práctica dichas normas pudieran resultar más favorables para los trabajadores, una paradoja que en cierta medida viene causada por la debilidad o insuficiencia del sistema del Reglamento Bruselas I bis en materia de protección del trabajador demandante.

34. Supuestos como el presente ponen de relieve dichas carencias, evidenciando que los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento Bruselas I bis no siempre resultan más favorables al trabajador cuando se producen situaciones laborales atípicas, como la falta de efectiva de prestación laboral constante la relación contractual de trabajo, mientras que si la relación laboral se da con un empresario no domiciliado ni con sucursal en la UE (art. 20.2), es decir, ajeno a su ámbito de aplicación, sí puede utilizarse este foro nacional más favorable al trabajador demandante. Una mayor favorabilidad nada desdeñable, si tenemos en cuenta -como sí advierte el TJUE- su condición de persona que debe ser protegida, especialmente en supuestos donde la situación económica del trabajador, por percibir una retribución modesta, hace más difícil acudir a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro.

El «cerco» comunitario a la potestad de los Estados miembros en materia de nacionalidad: La STJUE de 18 de enero de 2022

The community «siege» to the nationality jurisdiction of member states: the ECJ judgement of 18 January 2022

PILAR JUÁREZ PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7235>

Resumen: Una ciudadana comunitaria, originaria de Estonia y residente en Austria, renuncia a su nacionalidad de origen para poder adquirir la de su Estado de residencia. Efectiva la renuncia y pese a garantizar las autoridades austríacas la naturalización, terminan por considerar que la interesada ha incurrido en infracciones administrativas que constituyen un motivo legal para no conceder la nacionalidad. En concreto, la solicitante había sido sancionada por no colocar en su automóvil el distintivo de control de la inspección técnica de vehículos y por conducir bajo los efectos del alcohol. Como consecuencia, se ve abocada a una situación de apatridia involuntaria, considerada por el TJUE incompatible con el principio de proporcionalidad que debe inspirar cualquier medida estatal que afecte a la nacionalidad de un país miembro, y por ende, al estatuto fundamental de ciudadano de la Unión.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, nacionalidad de los Estados miembros, principio de igualdad, derecho de libre circulación y residencia, principio de proporcionalidad, estatuto del ciudadano de la Unión.

Abstract: An EU citizen, originally from Estonia and residing in Austria, renounces her nationality of origin in order to acquire that of her State of residence. The resignation is effective and despite the Austrian authorities guaranteeing naturalization, they end up considering that the interested party has incurred in administrative infractions that constitute a legal reason for not granting nationality. Specifically, the applicant had been sanctioned for not affixing the technical vehicle inspection control badge to her car and for driving under the influence of alcohol. As a consequence, it is doomed to a situation of involuntary statelessness, considered by the CJEU incompatible with the principle of proportionality that must inspire any state measure that affects the nationality of a member country, and therefore, the fundamental status of citizen of the Union.

Keywords: Union citizenship, Member States nationality, freedom of movement and equality principle, residence, rights of citizenship, proportionality principle.

Sumario: I. Los hechos: la apatridia como efecto de la confluencia de legislaciones sobre nacionalidad. II. La nacionalidad de los Estados miembros, sustento de la ciudadanía de la Unión. 1. Los Estados miembros y la doble nacionalidad. 2. La regulación austríaca sobre nacionalidad. III. El principio de proporcionalidad: límite a la potestad estatal en materia de nacionalidad. IV. Conclusiones.

I. Los hechos: la apatridia como efecto de la confluencia de legislaciones sobre nacionalidad

1. De nuevo aborda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una cuestión que vuelve a poner en el punto de mira el difícil equilibrio entre la ciudadanía de la Unión como estatuto fundamental creado y delimitado por las instituciones comunitarias, y la nacionalidad de los Estados miembros, que al tiempo que constituye su base y razón de ser, se configura como una competencia estatal exclusiva¹. Esta interacción ciudadanía europea-nacionalidad estatal se revela especialmente estrecha en el presente supuesto, ocasionado por la confluencia de las legislaciones sobre nacionalidad de dos Estados miembros en la persona de una ciudadana de la Unión, con la consiguiente afectación de dicho estatuto.

2. La señora JY, nacional de Estonia, solicitó en diciembre de 2008 la nacionalidad de Austria, país donde tenía intención de fijar su residencia. En marzo de 2014, el Gobierno austríaco le comunica que se le daría la garantía de concesión de la nacionalidad si demostraba, en el plazo de dos años, que su vínculo con la República de Estonia había quedado disuelto. Esta garantía -«seguridad» en la terminología legal austríaca -, tiene su sustento jurídico en el artículo 20 de la Ley austríaca sobre nacionalidad de 1985 (*Staatsbürgerschaftsgesetz* 1985, BGBl. 311/1985), cuyo apartado 1 establece que procede otorgar a un extranjero la seguridad de que se le concederá la nacionalidad, en primer lugar, en caso de que este acredite, en el plazo de dos años, que su vínculo con su Estado de origen anterior ha quedado disuelto cuando no sea apátrida y esa seguridad haga posible o pueda facilitar la disolución del vínculo con su Estado de origen anterior. Conviene adelantar que el mismo precepto, en su apartado 2, advierte que esta seguridad quedará sin efecto cuando el solicitante deje de cumplir uno solo de los requisitos exigidos para la concesión de la nacionalidad. De no ser así, el apartado 3 dispone que, una vez otorgada la seguridad de concesión de la nacionalidad austríaca, ésta debe concederse tan pronto como se haya extinguido el vínculo del extranjero con su Estado de origen anterior o quede probada la imposibilidad de disolver dicho vínculo.

3. Con carácter previo, el artículo 10 de la misma ley federal advierte que únicamente se concederá la nacionalidad al extranjero que acredite un comportamiento positivo hacia la República y siempre que no constituya una amenaza para la paz, el orden y la seguridad públicos ni ponga en peligro otros intereses públicos mencionados en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Correlativamente, el precepto prohíbe la concesión de la nacionalidad al extranjero sobre el que haya recaído más de una condena mediante sentencia firme por una infracción administrativa grave de una particular relevancia.

4. Como veremos, esta regulación estatal, aplicada en el caso a la señora JY, resultó determinante en la decisión adoptada por el TJUE. Siguiendo con la narración de los hechos, tras la comunicación de las autoridades austríacas en marzo de 2014 de la posibilidad de obtener la garantía de concesión de la nacionalidad, la señora JY, ya residente en Austria en ese momento, presentó en el requerido plazo de dos años la confirmación de la República de Estonia de que su vínculo de nacionalidad se había extinguido mediante decisión de su Gobierno fechada el 27 de agosto de 2015. A partir de ese momento, y como consecuencia de su renuncia a la nacionalidad estonia, la solicitante devino apátrida.

5. No obstante esta renuncia, en julio de 2017 las autoridades austríacas revocaron la garantía otorgada a JY en marzo de 2014 sobre la futura concesión de la nacionalidad austríaca. El motivo, que desde el otorgamiento de dicha «seguridad» la solicitante había cometido dos infracciones administrativas graves: no colocar en su vehículo automóvil el distintivo de control de la inspección técnica y conducir un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol. Asimismo, se alegaba la comisión por la solicitante

¹ Un fenómeno que describe muy acertadamente D. SARMIENTO con las siguientes palabras: “*La ciudadanía europea es una criatura extraña. No define un vínculo jurídico-político en términos puros, sino una relación que vincula a un sujeto físico a partir de su nacionalidad originaria. Sólo es ciudadano europeo quien tiene previamente un vínculo de nacionalidad con un Estado miembro, siendo esta unión, la tradicional entre el individuo y el poder del Estado, la que realmente resulta relevante*” (“A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26/2008).

de ocho infracciones administrativas entre los años 2007 y 2013, es decir, previamente a la obtención de la garantía de concesión de la nacionalidad austríaca. Ante dichas circunstancias, se declaró a la señora JY incurso en el ya señalado motivo de denegación de la nacionalidad que recoge el artículo 10.1.6 de la *Staatsbürgerschaftsgesetz* 1985, por considerarla una amenaza para el orden y la seguridad públicos del Estado austríaco, amén de no mostrar una actitud positiva hacia dicho país.

6. Recurrída tal decisión ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Viena (*Verwaltungsgericht Wien*), éste lo desestimó por sentencia de 23 de enero de 2018, poniendo especial énfasis en la gravedad de las dos infracciones administrativas cometidas por la interesada entre 2014 y 2017, que a su juicio ponían en peligro la protección de la seguridad del tráfico y la seguridad de los demás usuarios de la vía pública. Esta trascendencia se agravaba por las ocho infracciones previas a ese período, que impedían otorgar un pronóstico favorable a la solicitud de nacionalidad de la señora JY -ya apátrida, no lo olvidemos-, sin que el hecho de que llevara largo tiempo residiendo en Austria y estuviera integrada profesional y personalmente en dicho Estado miembro permitiera desvirtuar esta conclusión. Paralelamente, el Tribunal consideró que el asunto no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

7. La sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), que tras analizar los fundamentos contenidos en la legislación austríaca sobre nacionalidad, confirmó la decisión, aunque no mostró la misma convicción respecto a la no afectación del derecho comunitario en el caso. En concreto, respecto del principio de proporcionalidad como eventual límite a la no concesión de la nacionalidad austríaca. Ciertamente, razonaba el Tribunal Supremo, la persona afectada por esta medida no era ya ciudadana de la Unión, pues había perdido tal condición al renunciar a su nacionalidad de origen. Sin embargo, el Tribunal detectaba una relación indirecta entre la pérdida del estatuto de ciudadana de la Unión y la decisión de las autoridades austríacas recurrida en casación, por cuanto la renuncia a la nacionalidad estonia había sido causada por una garantía de concesión de otra nacionalidad de un Estado miembro, que le hubiera rehabilitado dicho estatuto.

8. Así las cosas, el órgano jurisdiccional austríaco resolvió elevar al TJUE sendas cuestiones prejudiciales, a fin de aclarar si la jurisprudencia comunitaria exigía a las autoridades austríacas comprobar la compatibilidad de su decisión de revocar la garantía de concesión de nacionalidad con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, y a la vista de la gravedad de las consecuencias de dicha decisión para la afectada, se preguntaba el Tribunal austríaco si el hecho de que la renuncia a la nacionalidad de origen -y por ende, a la ciudadanía de la Unión- hubiera sido voluntaria era suficiente para considerar que no resultaba necesario dicho control de compatibilidad.

9. En concreto, las cuestiones prejudiciales sometidas al TJUE fueron:

“1) ¿Se somete la situación de una persona física que, como la recurrente en casación en el litigio principal, ha renunciado a su nacionalidad de un solo Estado miembro de la Unión Europea y, por tanto, a su ciudadanía de la Unión, con el fin de obtener la nacionalidad de otro Estado miembro, conforme al compromiso de concesión de la nacionalidad del segundo Estado miembro, concesión que dicha persona física había solicitado, y cuya posibilidad de recuperar la ciudadanía de la Unión queda suprimida posteriormente por la revocación de dicho compromiso, por su naturaleza y sus consecuencias al Derecho de la Unión, de modo que la revocación del compromiso de concesión deba respetar el Derecho de la Unión?”

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) En relación con la decisión sobre la revocación del compromiso de concesión de la nacionalidad de ese Estado miembro, ¿deben las autoridades nacionales competentes, incluidos, en su caso, los tribunales nacionales, analizar si la revocación del compromiso, por la que suprime la posibilidad de la recuperación de la ciudadanía de la Unión, es compatible con el principio de proporcionalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión, habida cuenta de sus consecuencias para la situación de la persona afectada?”

10. El TJUE responde afirmativamente a ambas cuestiones, y al hacerlo, profundiza en una jurisprudencia que arranca hace más de una década y convierte al principio de proporcionalidad en uno de

los más férreos límites comunitarios a la actuación estatal en materia de nacionalidad. Las circunstancias jurídicas y los argumentos que la fundamentan se desgranán en los siguientes apartados.

II. La nacionalidad de los Estados miembros, sustento de la ciudadanía de la Unión

11. Como es sabido, la ciudadanía de la Unión nace en Maastricht en 1992², a la par que se constituye la Unión Europea. Desde entonces, y por efecto del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea³, los conceptos de ciudadanía de la Unión y nacionalidad de los Estados miembros quedan indisolublemente unidos por una relación de interdependencia que en el futuro habría de suscitar no pocas controversias jurídicas en el ámbito comunitario. El asunto que aquí abordamos es una muestra más de esta complejidad, y evidencia con especial intensidad las controvertidas consecuencias que en la práctica suscita la decisión del legislador comunitario de hacer de la nacionalidad estatal el presupuesto estructural de su ciudadanía.

12. Siendo la libertad de los Estados para reglamentar soberanamente sus respectivas nacionalidades un principio tradicional y sólidamente asentado en el Derecho internacional⁴, esta potestad se ha visto afectada de forma considerable por la tutela comunitaria del estatuto del ciudadano de la Unión. Ciertamente, la existencia de límites a la acción estatal en materia de nacionalidad no es nueva: la discrecionalidad de los Estados en este ámbito se ha visto tradicionalmente restringida por el Derecho internacional, mediante sus propias normas y principios, y los respectivos derechos estatales internos, por cuanto la función positiva del principio de soberanía, que al delimitar “*el ámbito de competencia exclusiva de cada Estado, impone el deber de respetar los derechos de las demás comunidades independientes*”⁵.

13. A estos clásicos límites se vinieron a añadir las restricciones impuestas por el ordenamiento comunitario, incluso antes de la creación de la ciudadanía de la Unión⁶. Así, la Sentencia dictada el 7 de julio de 1992, por el entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁷, pese a reconocer expresamente que “*la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro*”, establecía una correlativa reserva a esta competencia: la obligación de los Estados miembros de respetar el Derecho comunitario al ejercer dicha potestad. Esta doctrina judicial, reiterada en posteriores decisiones⁸, sentaría el germen de lo que hoy se conoce como principio de proporcionalidad, que opera como límite de dicha facultad de los Estados miembros estatal y que, como veremos, ha venido constituyendo un freno a la acción estatal en materia de nacionalidad, como ocurre nuevamente en la presente ocasión.

1. Los Estados miembros y la doble nacionalidad

14. En cierto modo, el supuesto de hecho que analizamos es consecuencia de un rasgo muy frecuente en las legislaciones de los Estados miembros sobre nacionalidad, que también presenta la

² Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 (DOCE C 191, de 29 de julio de 1992).

³ Artículo 8. “*1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*”. Actual artículo 20 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 17 TCE).

⁴ M. BOURQUIN, “Droit international de la paix”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1931, t. 35, p. 147.

⁵ J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Tecnos, 2ª ed., 1976, p. 85.

⁶ Como antecedente primigenio de la jurisprudencia hoy vigente en materia de nacionalidad, cabe cita la STJCE de 20 de febrero de 1975, asunto C-21/74, *Airola c. Comisión des Communautés européennes*, Rec. 1975, p. 221, donde el Tribunal rompió con su hasta entonces monolítica postura de considerar inquestionable cualquier disposición estatal en materia de nacionalidad.

⁷ Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria, 369/90, Rec. 1992, p. 4239.

⁸ SSTJCE de 11 noviembre 1999, C-179/98, *État belge c. Fatma Mesbah*, Rec. 1999, p. 7955; de 20 febrero 2001, C-192/99, *The Queen y Secretary of State for the Home Department c. Manjit Kaur*, Rec. I-1252; de 19 octubre 2004, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2004:639.

regulación austríaca: el rechazo a la doble o múltiple nacionalidad. Una postura que, como indica E. RODRÍGUEZ PINEAU, encuentra su origen en la percepción de la nacionalidad como el vínculo jurídico-público con un Estado⁹. Apunta la autora que esta visión presupone que dicho vínculo debe ser único: la posesión de más de una nacionalidad supondría una ruptura del principio básico de fidelidad e identificación con el Estado. Esta potencial deslealtad se percibe además como una fuente de problemas de seguridad nacional, de integración, de inestabilidad internacional, etc.

15. En el ámbito comunitario se dan condiciones especialmente favorables a la aparición de la múltiple nacionalidad. La no sujeción de los ciudadanos de la Unión a las políticas de inmigración, unida al régimen de mayor favorabilidad que algunos Estados les otorgan en materia de adquisición de la nacionalidad, fomentan la adquisición de una segunda nacionalidad comunitaria. En este sentido, cabe citar el ejemplo del ordenamiento italiano, que en 1992 redujo de diez a cuatro años el plazo de residencia legal exigido a los nacionales de los Estados miembros para adquirir su nacionalidad¹⁰. Una medida coincidente cronológicamente con el nacimiento de la ciudadanía de la Unión, y en la que se ha querido ver una clara vocación europeísta destinada a contribuir al proceso de integración comunitario¹¹. Desde la perspectiva del ordenamiento español, censura A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ que nuestro legislador no haya adoptado una medida similar, puesto que el trato más favorable que otorga el artículo 22.1 del Código Civil a los nacionales portugueses obedece a razones históricas ajenas al proceso de integración comunitaria¹².

16. El caso de Italia sirve también para ejemplificar el progresivo giro que en materia de múltiple nacionalidad se viene apreciando con carácter general durante los últimos años dentro del territorio comunitario. Además de la reforma de 1992, que supuso el abandono de la proscripción de la doble nacionalidad vigente hasta entonces¹³, la convivencia de nacionalidades ya estaba prevista por el Convenio de doble nacionalidad italo-argentino firmado en Buenos Aires el 29 de octubre de 1971¹⁴. El convenio adopta un sistema al incluido en los convenios bilaterales suscritos por España con diversos países de América Latina, principalmente durante las décadas de los 50 y los 60, estableciendo la «plenitud» de la nacionalidad coincidente con el Estado de residencia y la «hibernación» de la otra nacionalidad que se ostente¹⁵.

17. El mismo rumbo ha seguido España recientemente, con la firma el 15 de marzo de 2021 del convenio de doble nacionalidad con la República Francesa¹⁶, en vigor desde el 1 de abril de 2022. En esencia, el convenio articula la convivencia de ambas nacionalidades, estableciendo una excepción a la general prohibición de mantener la nacionalidad de origen cuando se adquiere la española. Bien es

⁹ “Identidad y nacionalidad”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, 17 (2013), p. 211.

¹⁰ Norme urgente in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato, de 28 de febrero de 1990 (texto refundido en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 518 y ss.

¹¹ A. ADINOLFI, “Aspetti innovativi in tema di soggiorno e di trattamento dei cittadini di Stati membri della Comunità europea”, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, pp. 105 y ss.; B. NASCIBENE, “Una riforma auspicata: na nuova disciplina della cittadinanza”, *Corriere giuridico*, 1992, p. 492; R. CLERICI, “La nuova legge organica sulla cittadinanza: prime riflessioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, pp. 754 y 755.

¹² Para la autora, “es sorprendente que sólo se otorgue este trato especial a los nacionales de un solo país de la Unión Europea, en concreto, a Portugal; para el resto de los nacionales de los otros países no se incorpora ninguna reducción de plazo y deben cumplir los diez años de residencia legal” (“El acceso a la nacionalidad: la perspectiva jurídica, ANUARIO CIDOB DE LA INMIGRACIÓN, 2013, p. 139.

¹³ Por efecto de la Ley N° 91/92, de 16 de agosto de 1992, la ciudadanía italiana no se pierde cuando se adquiere la ciudadanía de otro país, salvo que la persona renuncie formalmente a ésta.

¹⁴ Sobre este convenio, que en su momento desató una considerable polémica respecto a su posible inconstitucionalidad, *vid.*, M. MAZZIOTTI, “Un Trattato incostituzionale: il recente accordo italo-argentino sulla cittadinanza”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, VII, 1972, pp. 241-245; y G. BISCOTTINI, “Un Trattato ‘incostituzionale’? (A proposito dell’accordo italo-argentino sulla cittadinanza)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, IX, 1973, pp. 83-87.

¹⁵ Cuestiona A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ la utilidad, e incluso necesidad, de estos convenios desde la perspectiva de la mayor favorabilidad que puedan otorgar a los nacionales iberoamericanos en la adquisición de la nacionalidad española, poniendo de relieve que, incluso en algún supuesto -como el Convenio con Guatemala de 1961-, resulta incluso más gravosa la vía convencional que la vía ordinaria de naturalización (“El acceso a la nacionalidad...”, *cit.*, pp. 139-141).

¹⁶ BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2022.

cierto que dicha regla general presenta en nuestro ordenamiento no pocas excepciones, toda vez que a la mencionada doble nacionalidad convencional se añade la doble nacionalidad legal que prevé el artículo 24 del Código Civil, respecto de los nacionales originarios de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. Pese a que el régimen jurídico de este convenio apenas resulta novedoso, pues sigue el mismo sistema contenido en sus predecesores, sí constituye una absoluta novedad su firma con un país alejado de la esfera iberoamericana y además perteneciente a la Unión Europea.

18. El propio convenio justifica su razón de ser en las relaciones históricas y el acervo común existentes entre ambos países, el derecho a una nacionalidad proclamado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el deseo de fortalecer los vínculos entre ambas nacionales, y el objetivo de evitar el riesgo de apatridia que pudiera ocasionar la «asimetría entre ambas legislaciones». Este último propósito constituye, a nuestro juicio, la verdadera razón que subyace al convenio, toda vez que la apatridia causada -especialmente en la mujer española casada con nacional francés- por dicha «asimetría legal» ha sido durante años una problemática, dolorosa y compleja realidad en nuestro sistema legal¹⁷. No obstante lo cual, desde una estricta perspectiva jurídica, no compartimos la denominación utilizada por el legislador español, por cuanto no cabe hablar de asimetría, sino de una rigurosa consecuencia de las respectivas competencias estatales exclusivas en materia de nacionalidad.

19. En el marco de la Unión Europea, las posiciones estatales hacia la multiplicidad de nacionalidades han experimentado una evolución similar a la española, abandonando progresivamente su tradicional rechazo hacia este fenómeno y adoptando posiciones más favorables -o menos hostiles-, incluso en países como Alemania, país originariamente contrario a la doble nacionalidad que ha encontrado en la inmigración de segunda y tercera generación un motivo para replantearse su postura. En el caso que aquí tratamos, no obstante, el problema surge en parte por la reticencia de los dos Estados implicados a admitir la coexistencia de su nacionalidad con la de otro país, aun tratándose también de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. La regulación austríaca sobre nacionalidad

20. Como se ha mencionado en la narración de los hechos, la legislación austríaca sobre nacionalidad se muestra contraria a la doble nacionalidad, hasta el punto de exigir la renuncia a la nacionalidad de origen con carácter previo a la obtención de la austríaca, configurando dicho requisito como un requisito de admisión de la solicitud. Así, el artículo 10 de la *Staatsbürgerschaftsgesetz* 1985 establece: “No podrá concederse la nacionalidad a un extranjero que posea una nacionalidad extranjera: 1. si éste se abstiene de realizar los actos necesarios para disolver su anterior vínculo con un Estado cuando llevar a cabo tales actos sea posible y razonablemente exigible”.

21. La exigencia de renuncia a la nacionalidad de origen por los sistemas contrarios a la coexistencia de nacionalidades es una disposición habitual en dichas legislaciones. Sin embargo, no es tan frecuente que dicha renuncia se requiera con anterioridad a la concesión de la nacionalidad, supeditándose su obtención a tal declaración de voluntad. Antes al contrario, la renuncia a la nacionalidad, posibilidad recogida en todas las legislaciones sobre nacionalidad del ámbito comunitario, no se configura por sí sola como una causa suficiente de pérdida de la nacionalidad, pues no es admisible que el sujeto prescindiera de ella para convertirse en apátrida¹⁸. En consecuencia, la posibilidad de renunciar a la propia nacionalidad constituye una exigencia derivada del derecho a cambiar de nacionalidad consagrado en el

¹⁷ Sobre el origen y consecuencias de esta situación, *vid.* el clásico y completísimo estudio de A. MARÍN LÓPEZ, “La nacionalidad de la mujer casada en Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 29, Nº 2/3, 1976, pp. 397-417. Una perspectiva más actual puede verse en A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Una discriminación no erradicada”, *Themis: revista jurídica de igualdad de género*, Nº 3, 2008, pp. 10-23

¹⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La reforma del Derecho Español de la nacionalidad”, *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, p. 203.

artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuyo ejercicio conjugan las legislaciones estatales en la materia con la prevención de la apatridia, de conformidad con la Convención de Naciones Unidas para reducir los casos de apatridia (1961).

22. En el presente caso vemos cómo la legislación austríaca no lo hace así, exigiendo para conceder su nacionalidad que el solicitante carezca de ninguna otra, lo cual resulta muy cuestionable precisamente desde la perspectiva del objetivo de prevención y eliminación de la apatridia. Más aún, cuanto la normativa establece un plazo durante el que el solicitante se verá en dicha situación que puede prolongarse hasta los dos años, cuando supuestamente obtendrá la nacionalidad austríaca -un plazo que en caso de la señora JY se dilató un año más-. Pero la renuncia previa a la nacionalidad de origen no garantiza dicha obtención, puesto que el artículo 20 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 lo único que otorga es una «seguridad» condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, que en caso de no darse, ocasionan, como en el presente caso, la apatridia del sujeto.

23. Según la propia ley de nacionalidad austríaca (art. 20.1.3), la justificación de esta garantía de concesión de nacionalidad a futuro es facilitar al interesado la disolución del vínculo con su Estado de origen anterior. Sin embargo, las legislaciones estatales sobre nacionalidad en el ámbito comunitario exigen habitualmente la efectiva adquisición de otra nacionalidad para decretar la pérdida de la originaria, por lo que semejante justificación pierdes en gran medida su razón de ser. En el caso español, por ejemplo, la renuncia de la nacionalidad española sólo se admite si se posee efectivamente otra nacionalidad, restringiéndose además esta facultad a los españoles que posean su residencia habitual en el extranjero (art. 24.3 Código Civil). Importa señalar que los principios derivados del Derecho de la Unión en cuanto a la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad se aplican tanto al Estado miembro de acogida como al Estado miembro de la nacionalidad de origen, lo que hace tan reprochable la actuación estonia como la austríaca, al permitir a la solicitante incurrir en una situación de «limbo», donde a la renuncia para facilitar la naturalización no se acompaña dicha adquisición efectiva de una ulterior nacionalidad. Más apropiado sería que la decisión definitiva sobre la pérdida de la nacionalidad estonia sólo fuera aplicable cuando se haya adquirido efectivamente la nueva nacionalidad.

24. A estas objeciones se añade el ya mencionado carácter condicional que la normativa austríaca otorga a la garantía de concesión, supeditando la obtención efectiva de la nacionalidad austríaca a que, durante el tiempo que media entre la renuncia y la obtención, el extranjero no deje de cumplir, aunque solo sea uno, los requisitos exigidos para la concesión de la nacionalidad (art. 20.3). La gravedad de la consecuencia -la apatridia de la solicitante y la correlativa pérdida del estatuto de ciudadana de la Unión- exige que los motivos que la justifiquen resulten especialmente relevantes. Inicialmente así parece entenderlo el legislador austríaco, al supeditar la obtención de la nacionalidad a la acreditación por el interesado de poseer una actitud positiva hacia la República y de no constituir una amenaza para la paz, el orden y la seguridad públicos ni pone en peligro otros intereses públicos mencionados en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, esto es, *“la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

25. El problema surge cuando la norma añade otro motivo de denegación de la nacionalidad: la imposición de más de una condena mediante sentencia firme por una infracción administrativa grave de una particular relevancia (art. 10.2.2). Así acuñada, esta causa legal incurre en una considerable indefinición que genera una excesiva inseguridad jurídica, toda vez que el concepto de «particular relevancia» es una noción *a priori* indeterminada, que no permite prever cuál puede ser en la práctica el motivo que impida la adquisición de la nacionalidad austríaca. El supuesto que abordamos constituye un excelente ejemplo de ello, toda vez que los motivos alegados por el Gobierno austríaco no parecen poseer la entidad suficiente que justifique la gravedad de la consecuencia: la apatridia de la solicitante.

26. Así lo entiende el TJUE, que se muestra especialmente meticuloso al analizar las causas de denegación aplicadas, realizando un examen pormenorizado y de considerable rigor jurídico. Respecto a la comisión de ocho infracciones administrativas entre 2007 y 2013, el Tribunal incide en un dato esencial: su carácter previo a la concesión gubernamental de la seguridad sobre el futuro otorgamiento de la nacionalidad. En consecuencia, ya se tenía conocimiento de ellas en la fecha en que se le dio tal seguridad, sin que las citadas infracciones constituyeran un obstáculo para su concesión. Para el TJUE, la consecuencia es evidente: esas infracciones ya no pueden tenerse en cuenta para fundamentar la decisión de dejar sin efecto la seguridad dada.

27. En cuanto a las dos infracciones administrativas cometidas por JY después de que se le hubiera dado la seguridad de que adquiriría la nacionalidad austríaca, el TJUE realiza una ponderación que pivota sobre la relevancia de los hechos y la gravedad de las consecuencias. La falta de colocación en el automóvil del distintivo de la inspección técnica de vehículos había sido calificada como un peligro para la protección de la seguridad pública del tráfico. Por su parte, la conducción bajo los efectos del alcohol se consideró como una situación de peligro para los usuarios de la vía pública. De conformidad con la legislación y jurisprudencia austríacas en la materia, lo esencial es determinar si las irregularidades cometidas constituyen un indicio de que en el futuro se infringirán disposiciones esenciales destinadas a proteger contra las amenazas para la vida, la salud, la seguridad, la paz y el orden públicos u otros bienes jurídicos recogidos en el citado artículo 8.2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

28. La réplica que esta consideración austríaca merece al TJUE condensa el núcleo esencial de su doctrina legal sobre el ámbito de actuación de los Estados miembros en materia de nacionalidad. Como punto de partida, recuerda que los conceptos de «orden público» y de «seguridad pública», como justificación de una decisión que suponga la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión conferido a los nacionales de los Estados miembros por el artículo 20 TFUE, deben ser objeto de interpretación estricta. Además, reitera una consideración ya elaborada por el TJUE: que el alcance de dichas nociones no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros sin el control de las instituciones de la Unión¹⁹.

29. Antes al contrario, los Estados deben acatar las directrices interpretativas elaboradas en el ámbito comunitario, que señalan que el concepto de «orden público» requiere, además de la obvia perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que concurra una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Correlativamente, la interpretación jurisprudencial comunitaria del concepto de «seguridad pública» abarca tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior. Desde ambas perspectivas, considera el TJUE que puede afectar a la seguridad pública la puesta en peligro de las instituciones y servicios públicos esencial, de la supervivencia de la población, el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares²⁰.

30. Es estrictamente con esta óptica que el TJUE pondera la gravedad de las dos infracciones administrativas cometidas por la interesada y no puede sino concluir que carecen de la entidad suficiente para considerarla una amenaza real, actual y grave para la sociedad austríaca, mucho menos un peligro para la seguridad pública de la República de Austria. En su acertado análisis, admite la violación de las normas del Código de circulación por JY, pero razona que el potencial peligro que pudieran suponer no se aprecia siquiera en la escasa entidad de las sanciones impuestas: multas de 112 euros y 300 euros respectivamente y no retirada del permiso de conducción, por lo que la interesada podía seguir

¹⁹ STJUE de 13 septiembre 2016, C-165/14, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2016:675, apartado 82.

²⁰ *Ibidem*, apartado 83; SSTJUE de 23 noviembre 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708, apartados 43 y 44; y de 15 de febrero de 2016, C601/15 PPU, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2016:84, apartados 65 y 66.

conduciendo por la vía pública. A mayor abundamiento, recuerda el Tribunal que en caso de haber sido cometidas las mismas infracciones una vez obtenida la nacionalidad austríaca, éstas no serían un motivo de revocación.

31. En consecuencia, el TJUE considera injustificado aunar una consecuencia sancionadora tan grave como la imposibilidad de obtener la nacionalidad austríaca y, con ella, recuperar el estatuto de ciudadana de la Unión, a unas infracciones administrativas levemente castigadas por su normativa reguladora, y que en modo alguno son motivo de pérdida de la nacionalidad. De este modo, el estatuto del ciudadano de la Unión vuelve a erigirse como el muro de contención de la acción de los Estados miembros en materia de nacionalidad. Una concepción que ha ido consolidándose en paralelo al desarrollo de la ciudadanía de la Unión, cuya protección ha venido articulando el TJUE principalmente sobre el principio de proporcionalidad.

III. El principio de proporcionalidad: límite a la potestad estatal en materia de nacionalidad

32. El principio de proporcionalidad como límite comunitario a la acción estatal en materia de nacionalidad es invocado por vez primera en la STJCE de 2 de marzo de 2010²¹, que abordó la revocación acordada por las autoridades alemanas de una nacionalidad adquirida en fraude de ley. En aquella ocasión, el Tribunal introdujo un nuevo parámetro de análisis para la delimitación del ámbito de las acciones estatales susceptibles de incidir en el estatuto de la ciudadanía de la Unión, señalando que el límite comunitario a la discrecionalidad alemana en materia de nacionalidad viene dado por el respeto al principio de proporcionalidad “*en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la Unión*”²².

33. De esta forma, comienza el Tribunal a exigir un equilibrio entre la acción estatal y su incidencia en el estatuto de la ciudadanía de la Unión. En su sentencia, el Tribunal manifestó que la consagración comunitaria de la ciudadanía de la Unión no es incompatible con la revocación por un Estado miembro de una nacionalidad adquirida en fraude de ley, toda vez que dicha medida constituye el ejercicio de la potestad estatal en la materia²³. Pero esta potestad no es absoluta, pues la creación de la ciudadanía de la Unión pronto vino a fijarle ciertos límites, impuestos por el ordenamiento comunitario, y a constreñir su ejecución, que debe realizarse de acuerdo con sus principios generales²⁴. En el presente caso, el TJUE consolida esta línea interpretativa, considerando la decisión austríaca de retirar la seguridad otorgada a JY como legítimamente adoptada pero contraria al principio de proporcionalidad, que no se respeta cuando la decisión sobre nacionalidad se adopta por sanciones administrativas del código de circulación que sólo imponen sanciones pecuniarias. Interesa reiterar que, en esta ocasión, la magnitud de las consecuencias venía multiplicada por la situación de apatridia de la interesada, ocasionada por la confluencia de dos legislaciones sobre nacionalidad muy cuestionables desde la perspectiva de los derechos consagrados y los compromisos adquiridos internacionalmente en este ámbito.

34. El Tribunal censura abiertamente ambas actuaciones estatales. La de Estonia, por admitir la renuncia a la nacionalidad sin la correlativa o previa adquisición de otra, considerando que no debería haber adoptado ninguna decisión definitiva sobre la pérdida de la nacionalidad sin cerciorarse de que di-

²¹ C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, TJCE\2010\46.

²² Apartado 55.

²³ Al respecto, el TJCE reconoció la legitimidad de las medidas estatales encaminadas a proteger la especial de solidaridad y de lealtad entre el Estado y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (apartado 51). Esta afirmación, que será reiterada posteriormente, constituye el punto de partida de su correlativa limitación de esta potestad estatal (STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *M.G. T. y otros c. Minister van Buitenlandse Zaken*, ECLI:EU:C:2019:189).

²⁴ En este sentido, SSTJCE 11 julio 2002, C-224/98, *D’Hoop c. Office national de l’emploi*, TJCE\2002\221 y de 17 septiembre 2002, C-413/99, *Baubast y otros c. Secretary of State for the Home Department*, TJCE\2002\250.

cha decisión sólo sería efectiva una vez adquirida efectivamente la nueva nacionalidad. Más aún, cuando la legislación estonia exige una residencia mínima en el país de ocho años para poder recuperar la nacionalidad. Respecto a Austria, el Tribunal le reprocha su decisión de retirar una seguridad de concesión de la nacionalidad de forma incompatible con la proporcionalidad exigida por el derecho comunitario, a una ciudadana de la Unión que, en ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia, llevaba residiendo en Austria varios años. Frente a la apreciación de los tribunales austríacos, por supuesto que el TJUE considera éste un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, aun cuando se deja sin efecto la seguridad controvertida en el litigio principal, JY ya no tenía la condición de ciudadana de la Unión.

35. En este sentido, el TJUE avanza un paso más sobre su anterior jurisprudencia, que hasta la fecha había enjuiciado decisiones estatales sobre nacionalidad que tenían como efecto la privación del estatuto de la ciudadanía europea. No ocurre así ahora, puesto que la medida austríaca recae sobre alguien que no ostenta ya la condición de ciudadana de la Unión. Esta circunstancia es salvada por el Tribunal con dos consideraciones: que la renuncia a la nacionalidad estonia no fue voluntaria, sino impuesta por la normativa austríaca, y que la situación viene ocasionada por el efectivo ejercicio de la libre circulación y residencia que a la interesada otorgó su condición de ciudadana comunitaria²⁵. Desde esta perspectiva, la pérdida de la ciudadanía de la Unión como consecuencia de la apatridia en la que termina incurriendo la interesada resulta para el Tribunal del todo incompatible con la finalidad principal de los derechos conferidos por el artículo 21 TFUE, cual es favorecer la progresiva integración del ciudadano de la Unión de que se trate en la sociedad del Estado miembro de acogida²⁶. A la hora de aplicar su técnica de modulación caso por caso, el Tribunal designa como parámetros valorativos de la proporcionalidad, el análisis de la situación individual de la persona interesada, y la de su familia. Al realizarlo, no considera admisible una medida estatal que, ocasionando la pérdida de la ciudadanía de la Unión, tenga consecuencias que afecten de manera desproporcionada al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona interesada desde el punto de vista del Derecho de la Unión.

IV. Conclusiones

36. La sentencia comentada constituye una consolidación y un avance en una línea jurisprudencial ya veterana en el ámbito comunitario, que tomando como punto de partida el reconocimiento de la competencia estatal para determinar el régimen jurídico de la nacionalidad, limita dicha potestad mediante el respeto al Derecho de la Unión²⁷. Esta restricción opera en situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario, que ensancha aquí sus horizontes, incluyendo el caso de una persona que, habiendo perdido su nacionalidad de un Estado miembro, ha dejado de ser ciudadana de la Unión.

37. La justificación de esta extensión del paraguas protector del Derecho comunitario contiene una crítica implícita a los regímenes de nacionalidad -estonio y austríaco- que han dado lugar a esta situación. Ciertamente, no deja de sorprender la vigencia de legislaciones como las controvertidas, que generan un considerable riesgo de apatridia: la estonia, por admitir la renuncia a de sus nacionales sin

²⁵ Sobre la doctrina legal del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión, apunta D. SARMIENTO que, si bien los derechos políticos que la integran no han tenido una especial repercusión, es “*en el plano de la libre circulación de personas donde la institución, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha vivido una espectacular evolución*” (“A vueltas con la ciudadanía europea...”, cit., p. 2). Con este enfoque, *vid.* también I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 2, 2017, pp. 106-126, esp. pp. 107-108.

²⁶ Una afirmación ya recogida en su Sentencia de 14 de noviembre de 2017, C-165/16, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2017:862.

²⁷ Como antecedente más inmediato, *vid.* SJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *V.M.A. c Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008.

exigir la posesión de otra nacionalidad; la austríaca, por requerir dicha renuncia como requisito procedimental para tramitar la solicitud de naturalización. La garantía de concesión de la nacionalidad que ofrece a cambio el ordenamiento austríaco no es tal, pues la propia ley establece motivos que pueden frustrar la adquisición, susceptibles de una interpretación contraria al principio comunitario de proporcionalidad. Así elaborada, esta exigencia de renuncia previa a la nacionalidad coloca a los aspirantes a obtener la nacionalidad austríaca en una situación de apatridia incompatible, entre otros textos internacionales, con el Convenio Europeo sobre la nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997, aplicable a la República de Austria desde su entrada en vigor en marzo de 2000.

38. En el caso de la señora JY, la exigencia de renuncia previa a su nacionalidad estonia unida a la correlativa admisión de dicha renuncia por su país de origen, la situó en una situación de apatridia que conllevó también la pérdida de su condición de ciudadana de la Unión. En este punto, el TJUE sale en defensa de lo que considera, ex artículo 20 TFUE, estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, incluso por encima de la potestad estatal en la materia. Una medida que afecte desproporcionadamente al disfrute de los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión -hasta el punto de hacerlos desaparecer- no puede estar amparada por la discrecionalidad estatal en materia de nacionalidad, que encuentra en el ordenamiento comunitario un límite a su actuación.

39. Esta sentencia, sin ser novedosa *per se*, presenta una considerable relevancia por un doble motivo. Por una parte, viene a confirmar la paradoja que desde su nacimiento constituye la ciudadanía de la Unión: siendo una creación del legislador comunitario destinada a configurar un estatuto fundamental, su adquisición, conservación, pérdida o recuperación queda en manos de los Estados miembros. Sobre este punto de partida, los treinta años de andadura que posee ya la ciudadanía de la Unión han ido jalados de un progresivo estrechamiento del ámbito de actuación de los Estados en materia de nacionalidad. El Derecho de la Unión, y aquí el segundo motivo que otorga transcendencia a esta decisión, impone límites cada vez más rigurosos a dicha actuación, hasta el punto de que hoy la tradicional exclusividad de la competencia estatal en materia de nacionalidad ya no es tal: sin poder regularla, el ordenamiento comunitario ha terminado por definir los límites a su régimen jurídico. Y si bien es cierto que, como se aprecia en este caso, la existencia de tales límites no garantiza el efectivo disfrute, sin perturbaciones, de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía de la Unión, también lo es la ingente labor de contención realizada por el TJUE respecto a la actuación de los Estados miembros. Hasta el punto de que, cuanto más se expande el ámbito de la protección comunitaria al estatuto del ciudadano de la Unión, más se estrecha el marco de actuación estatal en materia de nacionalidad.

Gruppi di società e giurisdizione nell'ambito del private enforcement del Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea

Groups of companies and jurisdiction in the context of the private enforcement of Competition Law of the European Union

SILVIA MARINO

*Associate Professor in EU Law
University of Insubria
Como/Varese, Italy*

Recibido: 23.05.2022 / Aceptado 10.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7236

Riassunto: Il presente lavoro analizza le implicazioni internazionalprivatistiche del principio dell'unità economica nell'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Prendendo spunto dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Sumal*, viene analizzata la rilevanza del principio nel *private enforcement*. Quindi si verificano gli effetti dell'applicazione del regolamento n. 1215/2012 e del regolamento n. 864/2007 agli illeciti antitrust con implicazioni transfrontaliere per sottolinearne, in conclusione, il *favor* che il principio dell'unità economica implicitamente realizza nei confronti dei danneggiati, in particolare dei consumatori o degli utilizzatori finali.

Parole chiave: *private enforcement* del diritto della concorrenza, principio dell'unità economica, foro dell'illecito, foro della succursale, dell'agenzia o della filiale, legge applicabile agli atti limitativi della concorrenza.

Abstract: This contribution analyses the cross borders effects of the concept of economic unit within EU competition law. The CJEU's case in *Sumal* offers the opportunity to investigate the applicability and the impact of the concept within the private enforcement. Then, the effects of the application of regulation No. 1215/2012 and of regulation No. 864/2007 are analysed with regard to the antitrust infringements with cross borders implications, in order to examine finally the favourable impact for the protection in favour of the victims, with particular regard to consumers, driven by the concept.

Keywords: private enforcement of EU competition law, concept of economic unity, jurisdiction in torts, special jurisdiction for the operation of a branch, an agency or any other establishment; law applicable to acts restricting free competition.

Sommario: I. Introduzione: la fattispecie nella sentenza *Sumal*. II. L'unità economica nel diritto della concorrenza dell'Unione europea. III. La prospettiva dell'onere probatorio nelle azioni *follow on e stand alone*. IV. Il gruppo societario nell'ambito del diritto processuale internazionale dell'Unione europea. 1. Il carattere transfrontaliero della fattispecie. 2. Il foro della succursale. 3. Il foro dell'illecito civile. 4. Quale rilevanza per il foro del contratto? V. Il principio dell'unità economica nella determinazione della legge applicabile alla responsabilità per illecito antitrust. VI. Alcune riflessioni conclusive.

I. Introduzione: la fattispecie nella sentenza *Sumal*

1. La recente sentenza nel caso *Sumal*¹ offre l'opportunità di riflettere sul *private enforcement* del diritto della concorrenza alla luce della direttiva 2014/104² e degli strumenti europei di diritto internazionale privato e processuale. La fattispecie ha ad oggetto la responsabilità aquiliana della società figlia per condotte anticoncorrenziali realizzate dalla società madre e accertate in una decisione della Commissione.

2. In particolare, la Mercedes Benz Trucks España è un'impresa detenuta al 100% dalla società Daimler. Per il tramite di una concessionaria della prima, la Sumal ha acquistato due autocarri. Il 19 luglio 2016 la Commissione ha adottato una decisione relativa a un procedimento iniziato a norma dell'art. 101 TFUE³, nella quale ha accertato che la società Daimler ha partecipato ad accordi anticoncorrenziali sul mercato, consistenti nella fissazione di prezzi degli autocarri, assieme ad altri quattordici produttori europei, nel periodo intercorrente dal 17 gennaio 1997 al 18 gennaio 2011. A seguito di tale decisione, la Sumal ha proposto un'azione di risarcimento dei danni presso i giudici spagnoli (Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona), per una somma corrispondente al sovrapprezzo pagato a causa del cartello cui aveva partecipato la Daimler. L'azione è intentata nei confronti del venditore diretto, la Mercedes Benz Trucks España. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso, dal momento che l'unico soggetto responsabile della condotta anticoncorrenziale era la società madre. In appello, l'Audiencia Provincial de Barcelona dubita della possibilità di estendere l'accertata responsabilità della società madre a una società figlia non soggetta a una decisione della Commissione. Nel rinvio pregiudiziale, il giudice *a quo* menziona alcune divergenze nella giurisprudenza spagnola sull'interpretazione della dottrina dell'unità economica nell'individuazione dell'impresa, per cui secondo talune corti essa implica la responsabilità della società figlia per infrazioni commesse dalla società madre, secondo altre questa conseguenza è esclusa, essendo solo possibile il rapporto inverso, ovvero la responsabilità della società madre per violazioni compiute dalla società figlia.

3. Pertanto, il giudice d'appello pone alla Corte di giustizia dell'Unione europea quattro questioni pregiudiziali, volte a chiarire se il principio dell'unità economica nel diritto della concorrenza giustifichi l'estensione della responsabilità civile dalla società madre alla società figlia ed eventualmente a quali condizioni; se rilevi il fatto che quest'ultima abbia tratto vantaggio indebito dalle condotte anticoncorrenziali della società madre capogruppo; infine, se la normativa spagnola, e in particolare l'art. 71, par. 2, della legge sulla tutela della concorrenza, sia compatibile con la dottrina dell'unità economica, dal momento che ammette la sola estendibilità della responsabilità della società figlia alla società madre, subordinatamente a talune condizioni, e non viceversa.

4. Le questioni pregiudiziali non hanno direttamente ad oggetto disposizioni di diritto internazionale privato o processuale europeo, né sembrano coinvolgere l'applicazione dei regolamenti relativi alla cooperazione giudiziaria civile. Tuttavia, nei par. 65 e 66 la Corte pone alcune osservazioni sull'applicazione del regolamento n. 1215/2012 in materia civile e commerciale⁴ alla luce della possibilità di instaurare un procedimento civile presso il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto. Sebbene si tratti di un *obiter dictum*, il breve apprezzamento della Corte consente di svolgere talune riflessioni sugli aspetti internazionalprivatistici nel *private antitrust enforcement*, con particolare riferimento ai gruppi societari.

¹ Corte di giustizia 6 ottobre 2021, *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800.

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, *GUUE* L 349 del 5 dicembre 2014, pp. 1–19.

³ Decisione C(2016) 4673 final relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 [TFUE] e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso AT.39824 – Autocarri),

⁴ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, pp. 1 ss.

II. L'unità economica nel diritto della concorrenza dell'Unione europea

5. Il principio dell'unità economica è stato elaborato dalla Corte di giustizia al fine di interpretare il concetto di *impresa*, soggetto cui sono destinate le norme del Trattato in materia di concorrenza⁵. Quest'ultima nozione può riguardare un'unità economica costituita da più persone fisiche o giuridiche⁶, strettamente collegate tra di loro da un punto di vista economico o giuridico. Da questo collegamento discende che un'impresa non decide in modo autonomo il suo comportamento sul mercato, ma che quest'ultimo è determinato da altra impresa, che esercita un'influenza determinata sulla prima⁷. Non rileva il fatto che l'ente, che realizza la condotta, sia formalmente separato e detenga autonoma personalità giuridica⁸, affinché sia possibile individuare di fatto un'unica impresa sul mercato⁹.

6. Casi tipici sono individuati nell'integrale o nella rilevante partecipazione nella società figlia da parte di una società madre, o nel gruppo di società con al vertice una società *holding*. Affinché queste entità possano essere considerate unitariamente al fine dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, non è sufficiente un mero rapporto di dipendenza, ma è necessario che una società eserciti un controllo completo ed effettivo sull'altra (o sulle altre), in modo tale che quest'ultima non possa determinare autonomamente la propria posizione sul mercato¹⁰.

7. In questa ipotesi, la condotta può essere imputata all'impresa che ha assunto la decisione di realizzare una pratica anticoncorrenziale, perché i legami economici e giuridici fra controllante e controllata consentono di imputare alla prima le condotte della seconda, il cui comportamento sul mercato è eterodeterminato. L'interferenza sul comportamento della controllata costituisce pertanto l'elemento centrale che consente l'imputazione del comportamento alla società madre¹¹. Nell'ambito del gruppo societario, la responsabilità ricade pertanto in capo al soggetto che abbia il potere di determinare le decisioni sul mercato, o di esercitarvi un'influenza determinante. Questa configurazione della responsabilità esclude che sia individuabile una forma di responsabilità oggettiva¹².

8. La prima conseguenza fondamentale dell'individuazione di un gruppo societario è che gli accordi conclusi al suo interno, sebbene astrattamente riconducibili alle condotte di cui all'art. 101 TFUE, non costituiscono una violazione del diritto della concorrenza¹³, perché hanno il mero scopo di ripartire i compiti all'interno del gruppo stesso¹⁴.

9. La seconda conseguenza attiene alla determinazione del soggetto giuridico titolare del potere decisionale all'interno del gruppo e della relativa responsabilità. Il principio dell'unità economica¹⁵ tro-

⁵ *concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, p. 47.

⁶ Corte di giustizia 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, par. 16; 20 giugno 1978, *Tepea BV c. Commissione*, 28/77, ECLI:EU:C:1978:133, par. 47; 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, par. 122; 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, par. 47-53.

⁷ Corte di giustizia 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, par. 40.

⁸ Corte di giustizia 20 gennaio 2011, *General Química SA e altri c. Commissione europea*, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21, par. 37 e 38.

⁹ L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 274.

¹⁰ Corte di giustizia 31 ottobre 1974, *Centrafarm*, 15/74, ECLI:EU:C:1974:114; 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle CE "United Brands"*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, par. 28; 12 luglio 1984, *Hydroterm*, 170/83, ECLI:EU:C:1984:271; 4 maggio 1988, *Bodson*, 30/87, ECLI:EU:C:1988:225.

¹¹ Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, par. 77.

¹² L. DE SANCTIS, "L'imputabilità della responsabilità delle violazioni *antitrust* e i gruppi di società", in *Dizionario sistematico*, cit., p. 212 specifica che "ai fini dell'imputabilità, non è sufficiente che la società controllante goda della mera possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'autore della violazione".

¹³ L. DE SANCTIS, *op. loc. cit.*

¹⁴ Sentenza *Centrafarm*, cit., par. 41; Tribunale 12 gennaio 1995, *Viho*, T-102/92, ECLI:EU:T:1995:3.

¹⁵ *Amplius*, soprattutto con riferimento alla prova: L. DE SANCTIS, *op. cit.*, pp. 214 ss.

va il suo più fertile terreno quando un'impresa detenga partecipazioni nella quota o nel capitale sociale di un'altra. Nel caso *ICI*¹⁶ la Corte di giustizia ha imputato alla società madre, avente sede in uno Stato terzo, il comportamento realizzato da società figlie aventi sedi in diversi Stati membri¹⁷. Il principio dell'unità economica consentiva infatti di individuare un potere decisionale proprio ed esclusivo della società madre, che era stato utilizzato al fine di imporre alle imprese affiliate pratiche di fissazione dei prezzi contrarie all'art. 101 TFUE¹⁸.

10. Il collegamento giuridico della partecipazione sociale non è necessario ai fini dell'applicazione del principio. Esso è stato utilizzato anche nei rapporti fra fornitore e distributore, qualora quest'ultimo non sopporti in proprio alcun rischio per l'attività economica, sebbene sia formalmente distinto e giuridicamente indipendente rispetto al primo¹⁹.

11. Una particolare utilità dell'applicazione del principio è stata rilevata nell'ambito del *public enforcement*, dal momento che è possibile imputare all'intero gruppo la responsabilità della violazione anticoncorrenziale commessa da un singolo membro del gruppo, con il conseguente obbligo di pagare l'ammenda comminata nella decisione della Commissione²⁰, fermo restando che le responsabilità personali di ciascuna possano essere diverse²¹.

12. La peculiarità della fattispecie nel caso *Sumal* è determinata dal fatto che sia invocata la responsabilità della società figlia, detenuta al 100%, per comportamenti realizzati dalla società madre. Invece, l'estensione della responsabilità è più agevolmente individuabile nel rapporto opposto, ovvero per comportamenti posti in essere dalla società figlia, previe decisioni della società madre, cui la prima deve attenersi in forza della struttura e dell'organizzazione del gruppo.

13. La Corte di giustizia conferma l'applicabilità del principio dell'unità economica anche nell'ambito del *private antitrust enforcement*. Infatti, il diritto della concorrenza dell'Unione europea fa riferimento alla nozione di *impresa*, e non di società o di persona giuridica, con ciò stabilendo quale criterio decisivo l'esistenza di un'unità di comportamento sul mercato, a prescindere dalle qualificazioni giuridiche. Questa entità economica è tenuta a rispondere dell'infrazione dell'art. 101, par. 1 TFUE una volta che sia provato che almeno un'entità giuridica, facente parte di tale unità economica, abbia violato il diritto della concorrenza. In tal modo, è possibile considerare che l'impresa costituita dall'unità economica abbia commesso un illecito anticoncorrenziale e che tale circostanza sia rilevata in una decisione della Commissione divenuta definitiva.

14. L'individuazione di un'unità economica rende meno rilevante l'esatta determinazione del soggetto, al suo interno, cui è imputabile la condotta antigiuridica. Tuttavia, non è possibile far valere la responsabilità solidale della società figlia per ogni comportamento della società madre. Infatti, l'organizzazione dei gruppi di società è variabile, tanto che, ad esempio, all'interno del conglomerato la stessa società può essere a capo di diversi gruppi, distinguibili per oggetto sociale e settore economico di appartenenza. Pertanto, l'imputazione di responsabilità alla società figlia può sussistere solo se sia dimostrata "l'esistenza di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile" (par. 51 della sentenza *Sumal*). In caso

¹⁶ Corte di giustizia, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 134.

¹⁷ Per un'analisi degli effetti dell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea: P. DE PASQUALE, "L'applicazione extraterritoriale dei divieti *antitrust*" in *Dizionario sistematico*, cit., pp. 144 ss.

¹⁸ Analogamente, per l'applicazione dell'art. 102 TFUE: Corte di giustizia 12 maggio 2022, *Enel*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379.

¹⁹ Sentenza *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, cit.; Corte di giustizia 11 settembre 2008, *CEPSA*, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

²⁰ Corte di giustizia 29 marzo 2011, *Arcelor*, cause riunite C-201/09P e C-216/09P, ECLI:EU:C:2011:190; 11 luglio 2013, *Commissione europea c. Stichting Administratiekantor Portielje e Gosselin Group NV*, causa C-440/11P, ECLI:EU:C:2013:514.

²¹ L. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 213.

contrario, la vittima potrebbe far valere la responsabilità di qualsiasi società figlia della casa madre, anche se operante su mercati diversi, che non presentino alcun legame con la propria attività e nei quali essa non risulti nemmeno indirettamente coinvolta.

15. Correttamente, l'estendibilità della responsabilità dalla società madre alla società figlia è limitata a una nozione funzionale di impresa e di unità economica, che consideri contemporaneamente sia i collegamenti giuridici ed economici, sia i legami di fatto, ovvero i mercati nei quali le imprese operano. Del resto, parrebbe contraddittorio rinvenire un'unità, qualora le imprese interessate non operino nello stesso settore economico, perché ciò consentirebbe di far valere la responsabilità di qualsiasi impresa del gruppo per comportamenti di qualsiasi altra impresa, con grave pregiudizio sia per l'organizzazione imprenditoriale, sia per la certezza del diritto.

16. La sentenza chiarisce pertanto l'interpretazione dell'art. 2, par. 1, n. 2 della direttiva 2014/104, secondo il quale "autore della violazione" è "l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza", senza alcuna specificazione quanto all'imputabilità del comportamento²². Il principio dell'unità economica è confermato, salva la valutazione del legame concreto tra l'attività economica e l'oggetto dell'illecito anticoncorrenziale quando si intenda far valere la responsabilità della società figlia.

III. La prospettiva dell'onere probatorio nelle azioni *follow on* e *stand alone*

17. Il *private enforcement* del diritto della concorrenza è costituito da azioni *follow on*, ovvero successive a una decisione della Commissione o di un'Autorità nazionale garante per la concorrenza e il mercato²³, che in vario modo accerti la condotta *antitrust*, ovvero *stand alone*, precedenti e indipendenti da qualsiasi accertamento da parte degli organi competenti²⁴.

18. La principale differenza ravvisabile fra le due tipologie di azioni attiene all'onere della prova: nella prima ipotesi, la condotta antiggiuridica è già dimostrata per l'avvenuto accertamento da parte di un'autorità competente; nel secondo caso, essa deve essere dimostrata giudizialmente dall'attore.

19. Nelle azioni *follow on* risulta fondamentale garantire una qualche efficacia processuale alle decisioni delle autorità competenti. Ai sensi dell'art. 9, par. 1 della direttiva 2014/104, le decisioni

²² Al contrario, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di chiarire la legittimazione attiva alle azioni di *private enforcement*, che spetta a chiunque abbia subito un danno derivante dalla condotta anticoncorrenziale (Corte di giustizia 20 settembre 2001, *Courage*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465; 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461; 6 novembre 2012, *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684; 5 giugno 2014, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317). Questa giurisprudenza è stata codificata dall'art. 3, par. 1 della direttiva 2014/104, secondo il quale "qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno".

²³ Il ruolo delle Autorità garanti nazionali è stato recentemente rafforzato con la Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, *GUUE* L 11 del 14 gennaio 2019, pp. 3–33, su cui: S. MARINO, "Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, pp. 537-557; A.M. ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, Bari, Cacucci, 2020.

²⁴ L'attuale ripartizione delle competenze fra Commissione, autorità garanti nazionali e organi giurisdizionali nazionali deriva dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *GU L* 1 del 4 gennaio 2003, pp. 1–25, su cui, *ex multis*: L. IDOT, "Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)", *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 283 ss.; H. NYSSENS/N. PECCHIOLO, "Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza", *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 361; L. PIGNATARO, "La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE", *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pp. 233 ss.; A. ADINOLFI/S. AMADEO/L. DANIELE/B. NASCIBENE (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007.

dell'autorità nazionale dello Stato in cui è instaurato il procedimento giurisdizionale, divenute definitive, e quindi eventualmente anche a seguito dell'esperienza di tutti i rimedi giurisdizionali previsti dal diritto interno²⁵, devono avere effetti vincolanti nel procedimento avente ad oggetto il risarcimento del danno per quanto attiene la constatazione della violazione²⁶. Non sono ammesse prove contrarie.

20. Gli stessi effetti giuridici non possono essere assegnati alle decisioni delle autorità garanti di altri Stati membri, in assenza di una vera e propria cooperazione amministrativa transfrontaliera e di un principio di mutuo riconoscimento degli atti e dei provvedimenti amministrativi nell'Unione europea²⁷. Tuttavia, il diritto della concorrenza beneficia della rete di cooperazione istituita fra le autorità nazionali e la Commissione ai sensi degli artt. 11 ss. del regolamento n. 1/2003. Pertanto, non si può affermare che i provvedimenti adottati da un'autorità nazionale siano del tutto sconosciuti nella forma e nella sostanza negli altri Stati membri, né che il diritto applicato da queste autorità sia significativamente diverso o addirittura lesivo dell'ordine pubblico dello Stato membro del giudice adito. Ne consegue che è possibile ammettere una limitata efficacia dei provvedimenti stranieri nel procedimento giurisdizionale di *private antitrust enforcement*.

21. Ai sensi dell'art. 9, par. 2 della direttiva 2014/104, questi provvedimenti devono produrre almeno l'effetto di prova *prima facie* dell'infrazione, la quale può essere valutata assieme ad altre prove. Questa disposizione, pur lasciando un certo margine di discrezionalità in fase di trasposizione, presuppone un alto livello di reciproca fiducia fra gli Stati membri²⁸. In una prospettiva futura, a seguito dell'attuazione della direttiva 2019/1 da parte di tutti i paesi membri²⁹, nell'ambito del rafforzamento della *European Competition Network* ivi stabilita, è possibile immaginare l'attribuzione di effetti transfrontalieri ancora più pervasivi a favore dei provvedimenti definitivi delle autorità nazionali.

22. L'efficacia delle decisioni della Commissione nei procedimenti giurisdizionali erano già disciplinate dall'art. 16 del regolamento 1/2003, che codifica la giurisprudenza *Masterfoods*³⁰ della Corte di giustizia. La decisione della Commissione ha effetti vincolanti: i giudici e le autorità garanti nazionali non possono adottare alcuna misura in contrasto con una decisione della Commissione. Inoltre, le giurisdizioni nazionali non possono adottare alcun provvedimento confliggente con una *prevista* decisione della Commissione, e a tal fine possono sospendere il procedimento nelle more dell'adozione del provvedimento da parte dell'istituzione. L'effetto vincolante della decisione della Commissione non preclude al giudice nazionale l'esperibilità del rinvio pregiudiziale di validità della stessa, alle condizioni di cui all'art. 263, par. 2 TFUE³¹.

23. Invece, nelle azioni *stand alone* l'onere della prova rischia di essere difficilmente soddisfatto dalla vittima, alla luce della complessità delle fattispecie e della difficoltà ad accedere agli elementi di

²⁵ B. CORTESE, "Defining the Role of Courts and Administrative Bodies in Private Enforcement in Europe: United in Diversity?", in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, p. 145.

²⁶ Prima della direttiva, la giurisprudenza italiana si orientava nel senso che la decisione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato italiana costituiva una prova privilegiata: Cassazione Civile, sez. I, 13 febbraio 2009, No 3638; Cassazione Civile, n. 3640/2009; Cassazione Civile, sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486; Cassazione Civile, sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262.

²⁷ S. BARIATTI/L. PERFETTI, "Prime osservazioni sulle previsioni del 'Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust' della Commissione e del codice del consumo", in B. NASCIBENE/F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 3-30.

²⁸ B. NASCIBENE, "La vincolatività del provvedimento di condanna dell'Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)", *Eurojus*, 2017, p. 1; O. PALLOTTA, "Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato", *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 636.

²⁹ Al momento in cui si scrive (maggio 2022), la direttiva risulta ancora non trasposta da: Estonia, Irlanda, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Slovenia, che non hanno comunicato alcuna misura di attuazione (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=CELEX:32019L0001&qid=1652778267010>), nonostante la scadenza del termine di trasposizione fissata al 4 febbraio 2021.

³⁰ Corte di giustizia 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream, Ltd.*, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

³¹ Corte di giustizia 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

prova, che più frequentemente rientrano nella disponibilità della/e impresa/e che ha compiuto l'illecito³². La direttiva 2014/104 pone alcune disposizioni di armonizzazione sull'accesso e sulla presentazione della prova. Senza poterne fornire accurato esame, si sottolinea che esse hanno campo di applicazione generale, ma proprio per la disciplina dell'efficacia dei provvedimenti delle autorità *antitrust*, esse hanno una maggior utilità e un campo di applicazione naturale nei procedimenti *stand alone*.

24. In particolare, l'art. 5 è dedicato all'esibizione delle prove che si trovino nella disponibilità del convenuto o di un terzo. Il giudice nazionale può ordinare la loro presentazione su richiesta dell'attore che abbia fornito una giustificazione ragionevole e prove a sostegno della propria pretesa. Queste condizioni sono atte ad evitare le c.d. "fishing expeditions", nelle quali il richiedente non conosce il tipo e i contenuti dei documenti rinvenibili, ma cerca di ottenere prove sollecitando un ordine generico di esibizione. Alcuni limiti sono posti per la tutela di informazioni confidenziali o segrete, lasciando un certo margine di discrezionalità al giudice adito.

25. Qualora i documenti da assumere nel procedimento siano contenuti nel fascicolo di un'autorità nazionale per la concorrenza³³, l'art. 6 della direttiva, nel bilanciamento fra *public* e *private enforcement*, limita il margine di discrezionalità del giudice³⁴. Esso istituisce una "black list" di documenti non accessibili relativi ai programmi di clemenza³⁵, superando così la giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Pfleider* e *Donau Chemie*³⁶; e una "grey list" di documenti che sono accessibili solo dopo la chiusura del procedimento dell'autorità nazionale per la concorrenza³⁷. Gli altri documenti rientrano nella lista bianca, e la loro esibizione può essere ordinata in ogni momento.

26. Alla luce delle conseguenze in termini processuali e di ottenimento delle prove fra *follow on* e *stand alone actions*, risulta chiaro che le prime siano più agevoli per la vittima. Il principio dell'unità economica consente di trattare come cause *follow on* controversie che di fatto sarebbero *stand alone*, come si è verificato nel caso *Sumal*. Infatti, nessun accertamento di illecito anticoncorrenziale sussisteva per la società figlia. Tuttavia, l'unità economica consente di estendere la portata della decisione della Commissione a tutti i soggetti economici controllati dalla società madre, con il definitivo accertamento della condotta antiggiuridica anche nei confronti delle società figlie, controllate o partecipate.

27. L'individuazione di una unità economica all'interno del gruppo evita un ulteriore onere in capo alla vittima, derivante dalla possibile avvenuta traslazione del beneficio derivante dalla condotta anticoncorrenziale ad altro soggetto. Infatti, nel caso concreto, non è necessario dimostrare che il vanta-

³² P. BIAVATI, "Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 105.

³³ Per ulteriori approfondimenti: S. MARINO, "EU Competition Law After Directive 2014/104/EU and Its Implementation in Italy", in S. MARINO/L. BIEL/M. BAJČIĆ/V. SOSONI (eds.), *Language and Law. The Role of Language and Translation in EU Competition Law*, Cham, Springer, 2018, p. 146.

³⁴ La direttiva lascia impregiudicato il Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GU L 145* del 31 maggio 2001 2012, p. 43 sull'esibizione di documenti nella disponibilità della Commissione europea. Per le sue prime applicazioni nell'ambito del diritto della concorrenza: A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, Oxford, 2008, p. 108; V. ROSE/D. BAILEY, *BELLAMY & CHILD European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, p. 1227; L.F. PACE, "The Court of Justice 'Antitrust Enforcement Negative Harmonisation Framework' and the CDC and Pfeleiderer Judgments: 'Another Brick in the wall'", in B. CORTESE (ed.), *op. cit.*, p. 247; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 131.

³⁵ S. BASTIANON, "La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate", in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 111-120; A. SCETTINO, "Il difficile rapporto tra *private* e *public enforcement*: il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza", *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 154.

³⁶ Corte di giustizia 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389; 6 giugno 2013, *Donau Chemie*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366.

³⁷ Sulla nozione di chiusura del procedimento sono già sorte le prime difficoltà interpretative, con particolare riguardo alla sospensione del procedimento per successivo avvio del procedimento da parte della Commissione (causa *RegioJet*, C-57/21).

ggio beneficiato dalla società madre sia stato traslato alla società figlia, che ha quindi imposto il sovrapprezzo al proprio acquirente, dal momento che le due società costituiscono un'entità unica sul mercato. In assenza del principio dell'unità economica, il danneggiato avrebbe dovuto altresì affrontare il delicato aspetto della traslazione del danno nella catena di distribuzione. Sebbene la direttiva 2014/104 ponga una rigida disciplina della c.d. *passing-on defence*³⁸, improntato alla tutela della vittima, si tratterebbe pur sempre di un onere ulteriore per la vittima nella dimostrazione del comportamento antiggiuridico e del danno subito, che di disincentivare l'instaurazione di azioni risarcitorie.

IV. Il gruppo societario nell'ambito del diritto processuale internazionale dell'Unione europea

1. Il carattere transfrontaliero della fattispecie

28. L'*obiter dictum* nella sentenza *Sumal* consente di sottolineare l'ampiezza con cui può essere interpretato il carattere transnazionale della controversia, alla luce del considerando n. 3 del regolamento n. 1215/2012. Infatti, è sufficiente che una parte della condotta antiggiuridica – ovvero l'intesa anticoncorrenziale – sia realizzata in uno Stato membro diverso da quello in cui si collocano tutti gli altri elementi della fattispecie – ovvero il domicilio dell'attore e del convenuto, la vendita sovrapprezzo e il conseguente danno. Si tratta di un importante chiarimento, per quanto implicito e non richiesto dal giudice *a quo*, alla luce delle difficoltà di individuare gli esatti contorni delle fattispecie con implicazioni transfrontaliere³⁹, in opposizione alle fattispecie puramente interne.

29. La precisazione è ulteriormente importante nell'ambito del gruppo societario, che in quanto tale può essere composto da più imprese, aventi sedi in Stati membri diversi. L'azione nei confronti di una parte contrattuale, che abbia sede nel paese del domicilio dell'attore, per una prestazione da eseguire nel medesimo luogo, che ivi cagioni danni, acquisisce carattere transfrontaliero per il fatto che una porzione della condotta sia stata realizzata da un'altra società all'interno del medesimo gruppo, con sede altrove, con ripercussioni dirette sul comportamento commerciale dell'impresa convenuta. Una simile fattispecie non è del tutto peregrina nell'ambito di rapporti infragruppo, o fra società partecipate e controllate, e consente di fatto di esperire il *forum actoris* per far valere la violazione *antitrust* compiuta dalla società madre, avente sede in un altro Stato membro.

2. Il foro della succursale

30. Le difficoltà di individuazione del foro competente per le controversie nei confronti di una società appartenente a un gruppo societario, o comunque collegata o partecipata da altra società, sono evidenti nella disciplina della giurisdizione di cui al regolamento n. 1215/2012. Di seguito sono proposte alcune riflessioni con riferimento a due fori speciali stabiliti dall'art. 7, dal momento che paiono di particolare interesse nell'esame della rilevanza dell'unità economica ai fini dell'individuazione della giurisdizione. Sebbene la questione non sia sorta nel procedimento *a quo*, si può ritenere che il giudice rimettente abbia assunto giurisdizione sul fondamento del domicilio del convenuto, di cui all'art. 4 del

³⁸ Secondo l'art. 13, l'impresa ha la possibilità di dimostrare che l'acquirente diretto abbia trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dall'intesa. Siccome sono possibili molteplici azioni da parte di vittime collocate nelle diverse fasi della catena di approvvigionamento, l'art. 15 della direttiva è volto ad evitare situazioni di sovra o di sotto-compensazione. È interessante sottolineare che questa è l'unica disposizione della direttiva a menzionare uno strumento sulla cooperazione giudiziaria civile, ovvero il regolamento n. 1215/2012. La possibile pendenza di numerose cause esperite dalle molteplici vittime, che possono essere connesse per la presenza di uno stretto collegamento, viene quindi risolta sulla base della connessione attributiva di cui all'art. 30 del regolamento.

³⁹ M. GIULIANO, "La loi applicable aux contrats: problèmes choisis", *Recueil des cours*, vol. 158, 1977, p. 225; 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*, 1991, p. 294; T. DE BOER, "Facultative Choice of Law The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", *Recueil des cours*, vol. 257, 1996, p. 244.

regolamento n. 1215/2012, corrispondente, nel caso, al domicilio dell'attore. Proprio valorizzando il principio dell'unità economica, non avrebbe avuto alcun pregio ed alcuna utilità l'instaurazione di un litisconsorzio ai sensi dell'art. 8, n. 1, con la società madre, avente sede in Germania. Infatti, lo stesso tipo di responsabilità è invocabile nei confronti di entrambe, e la pluralità di convenuti avrebbe potuto creare un dubbio circa la vera unità di fatto fra le due società⁴⁰.

31. Com'è noto, l'art. 7, n. 5 reca un foro speciale ed alternativo al foro del domicilio del convenuto, "qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività". Il giudice competente è quello del luogo in cui essa è situata. Secondo un'interpretazione autonoma del diritto dell'Unione europea, costituisce una filiale, un'agenzia o una succursale, un centro operativo materialmente organizzato in modo da poter intrattenere rapporti con i terzi, a prescindere dalla sua formale qualificazione e iscrizione negli appositi registri. È necessario che l'impresa si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, che disponga di una direzione e sia materialmente attrezzata in modo da poter trattare con terzi, cosicché questi ultimi sono dispensati dal rivolgersi direttamente alla casa madre⁴¹.

32. Ai fini dell'invocabilità del titolo di giurisdizione alternativo, le controversie devono riguardare l'attività di impresa realizzate dal centro operativo, o comunque ad esso riconducibili. La presenza di una succursale nella circoscrizione dell'autorità giurisdizionale adita, che non abbia avuto alcun ruolo nel rapporto controverso, non è elemento idoneo a fondare la competenza giurisdizionale⁴².

33. Rientrano nel campo di applicazione dell'art. 7, n. 5, in particolare, gli impegni contrattuali assunti in nome dell'impresa, a prescindere dal luogo di esecuzione⁴³; le obbligazioni extracontrattuali relative all'esercizio del centro operativo; gli impegni assunti quanto all'utilizzo del luogo in cui è situato il centro operativo, ovvero nei confronti del personale ivi impiegato⁴⁴.

34. Il principio dell'unità economica si pone in senso alternativo rispetto all'invocabilità dell'art. 7, n. 5 del regolamento n. 1215/2012. Infatti, per l'individuazione di tale unità, è necessario che la società figlia non detenga un potere decisionale autonomo, nonostante l'esistenza di due entità giuridiche diverse. Invece, ai fini della competenza giurisdizionale, deve essere dimostrato un certo grado di autonomia del centro operativo, cui siano direttamente imputabili le condotte, nonostante il fatto che le entità giuridiche possano non essere perfettamente distinguibili. Ne consegue che nel caso *Sumal* l'art. 7, n. 5 del regolamento 1215/2012 non sarebbe stato invocabile nell'azione nei confronti della società figlia, parte di un'unità economica che non godeva neppure del potere di fissazione dei prezzi di rivendita delle merci prodotte dalla casa madre.

3. Il foro dell'illecito civile

35. Il foro alternativo di cui all'art. 7, n. 2 del regolamento n. 1215/2012 costituisce una delle opzioni più complesse per l'attore, alla luce della *Mosaikbetrachtung* costantemente seguita dalla Corte di

⁴⁰ Nel presente lavoro non è possibile fornire una disamina completa dei titoli di giurisdizione nel *private antitrust enforcement*, per la quale si rinvia a: A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El derecho internacional privado de la Unión europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, n. 2, pp. 7 ss.

⁴¹ Corte di giustizia 6 ottobre 1976, *De Bloos*, 14/76, ECLI:EU:C:1976:134; da ultimo: Corte di giustizia 20 maggio 2021, *CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, C-913/19, ECLI: ECLI:EU:C:2021:399. Non è pertanto sufficiente che una società sia proprietaria di un immobile situato in uno Stato membro diverso da quello della sua sede principale affinché sia ravvisabile una filiale, un'agenzia o una succursale nel *situ rei* (Corte di giustizia ord. 19 novembre 2019, *INA-Industrija*, C-200/19, ECLI:EU:C:2019:985).

⁴² Corte di giustizia 11 aprile 2019, *ZX c. Ryanair DAC*, C-464/18, ECLI: ECLI:EU:C:2019:311.

⁴³ Corte di giustizia 6 aprile 1995, *Lloyd's Register*, C-439/93, ECLI:EU:C:1995:104.

⁴⁴ Corte di giustizia 22 novembre 1978, *Somafer*, 33/78, ECLI:EU:C:1978:205.

giustizia⁴⁵. Infatti, il luogo dell'evento dannoso, titolo di giurisdizione in materia di illeciti civili dolosi e colposi, è interpretato nel senso che sono alternativamente competenti i giudici del luogo in cui si è verificata la condotta antiggiuridica, per l'intero danno⁴⁶, e quelli dei luoghi in cui si sono verificate anche solo parti del pregiudizio, ma con riferimento solo a queste ultime⁴⁷. Nella giurisprudenza relativa alle violazioni dei diritti delle personalità commesse *online*⁴⁸, a questi titoli di giurisdizione si aggiunge il centro degli interessi principali della vittima, probabilmente però non invocabile al di fuori di questa tipologia di illecito⁴⁹.

36. Nelle condotte anticoncorrenziali rilevanti ai fini dell'art. 101 o 102 TFUE, il danno ha ontologicamente natura transfrontaliera, dal momento che il comportamento deve essere in grado di pregiudicare la concorrenza nel mercato interno e gli scambi fra Stati membri. Poiché queste disposizioni considerano gli effetti anche potenziali sul mercato⁵⁰, il principio a mosaico sarebbe in grado di consentire l'assunzione di giurisdizione in ogni Stato membro sulla base del luogo in cui si è verificato un danno.

37. Inoltre, nei gruppi societari o nelle società partecipate o collegate anche il luogo dell'evento può essere plurilocalizzato, scindendosi nel luogo di assunzione della decisione e nel luogo di esecuzione⁵¹, nel momento in cui le imprese interessate possano essere considerate come un'unità economica ai fini della responsabilità⁵². Diverso può essere infatti il luogo in cui la decisione è assunta, ovvero la sede della società madre, da quello in cui essa è realizzata, ovvero il domicilio della società figlia. È astrattamente sufficiente che le sedi delle due imprese non si trovino nello stesso Stato membro.

38. La Corte di giustizia menziona solo questo titolo di giurisdizione per ricordare che il *private antitrust enforcement* rientra nella nozione di materia civile e commerciale ai fini dell'applicazione del regolamento e che l'art. 7, n. 2 attribuisce rilevanza ai luoghi sia dell'evento, sia del danno negli illeciti plurilocalizzati. Sulla scorta della precedente sentenza *Tibor-Trans*⁵³, la Corte precisa altresì che il danno consistente in costi aggiuntivi imposti a concessionari e trasferiti agli utenti finali costituisce un pregiudizio diretto ai sensi dell'art. 7, n. 2, trattandosi di una conseguenza immediata all'intesa anticoncorrenziale. Pertanto, il giudice dello Stato nel cui territorio si è verificato il danno risulta competente.

39. Questa precisazione da parte della Corte di giustizia pare utile al solo fine di indicare una diversa soluzione processuale, pur mantenendo la giurisdizione spagnola quale *forum actoris*. L'azione

⁴⁵ K. AUERNIG/C. KOLLER/M. SLONINA, "Keine Handlungsortszurechnung des Mittäters bei Urheberrechtsverletzung; Mo-saikprinzip für Erfolgsortsgerichtsstand", *Ecolex*, 2014, pp. 433-434; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 96 ss.

⁴⁶ Corte di giustizia 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

⁴⁷ Corte di giustizia 30 novembre 1976, *Bier*, 21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

⁴⁸ Corte di giustizia 25 ottobre 2011, *eDate*, cause riunite C-509/09 e C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685; 21 dicembre 2021, *Gtflix Tv*, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036.

⁴⁹ S. MARINO, *Il ruolo del giudice nazionale nell'enforcement della disciplina sugli aiuti di stato dell'Unione europea*, Milano, Torino, Pearson, 2021, p. 140.

⁵⁰ Cortedi giustizia 31 maggio 1979, *Hugin*, 22/78, ECLI:EU:C:1979:138; 16 giugno 1981, *Salonia*, 126/80, ECLI:EU:C:1981:136; 11 luglio 1985, *Remia*, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327; 11 luglio 1989, *Belasco*, 246/86, ECLI:EU:C:1989:301; 25 gennaio 2007, *Dalmine*, C-407/04P, ECLI:EU:C:2007:53.

⁵¹ Questa scissione è stata applicata da Gerechtshof Den Haag 29 gennaio 2021, *Milieudefensie* per l'individuazione della legge applicabile al danno ambientale derivante da estrazioni petrolifere in Nigeria, decise dalla società Shell presso la propria sede nei Paesi Bassi. La distinzione rileva ai sensi dell'art. 7 del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), *GU L* 199 del 31 luglio 2007, pp. 40-49, che attribuisce alla vittima la possibilità di richiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno. Il tribunale di primo grado olandese ha ritenuto che l'assunzione della decisione all'interno della politica industriale della casa madre già costituisca quel fatto idoneo produrre successivamente il danno.

⁵² Nella separazione fra l'assunzione e l'esecuzione della decisione il principio è di particolare rilevanza. Infatti, ai fini della determinazione della giurisdizione potrebbe essere posto un preliminare problema di conformità dell'azione alla decisione, della sua vincolatività (eventuale, totale o parziale) in capo all'impresa che l'ha eseguita, delle modalità di esecuzione. La configurabilità di un'impresa di fatto unica, tuttavia capace di agire in due o più luoghi, evita qualsiasi esame nel merito di questo tipo, che pare altresì inopportuno in una fase anticipata come quella dell'individuazione della giurisdizione (United Kingdom Supreme Court 12 febbraio 2021, *Okpabi and o. v. Royal Dutch Shell Plc and a.*, [2021] UKSC 3).

⁵³ Corte di giustizia 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635.

risarcitoria potrebbe cioè essere esperita alternativamente nei confronti della società madre, sul fondamento del luogo in cui si è concretizzato l'intero danno, ovvero la perdita economica della vittima. Tuttavia, alla luce delle osservazioni poste relativamente al principio dell'unità economica e della disciplina del trasferimento del vantaggio ottenuto tramite l'illecito *antitrust*, pare che questa soluzione non sia più efficace rispetto a quella perseguita dall'attore. Inoltre, il riconoscimento dell'unità economica consente di utilizzare il foro del domicilio del convenuto quale titolo di giurisdizione generale del regolamento n. 1215/2012, con maggiore immediatezza rispetto all'individuazione del luogo di concretizzazione del danno ai sensi dell'art. 7, n. 2, e di cui infatti il giudice *a quo* non dubita nell'assunzione della propria competenza giurisdizionale.

40. Infine, per la determinazione della competenza giurisdizionale, non hanno alcuna rilevanza altri potenziali danni che possano essere stati subiti da altri acquirenti dalle imprese appartenenti al medesimo gruppo. Nella sentenza *Volkswagen*, la Corte ha evitato di estendere il titolo di giurisdizione del centro di interessi della vittima all'illecito consistente nella contraffazione di un *software* inserito in una vettura⁵⁴. Si ritiene che questa soluzione sia determinata dal fatto che nella fattispecie sia individuabile un unico danno immediato in capo alla vittima, mentre la plurilocalizzazione del danno è solo potenziale, per l'indeterminato numero di contratti che potranno essere stipulati dai danneggiati con un novero di contraenti indeterminabile *a priori*. Questi elementi meramente potenziali non possono avere pregio nella determinazione della competenza giurisdizionale nel caso concreto.

4. Quale rilevanza per il foro del contratto?

41. L'*obiter dictum* della sentenza *Sumal* conferma l'irrelevanza di rapporti contrattuali sottostanti a un illecito anticoncorrenziale. L'azione risarcitoria deve essere in ogni caso qualificata come avente natura extracontrattuale, sebbene il rapporto fra le parti si fondi su un pre-esistente contratto.

42. Questa conclusione era già deducibile dalle sentenze *Apple*⁵⁵ e *Wikinghof*⁵⁶, relative a violazioni dell'art. 102 TFUE, nonostante l'esistenza di un contratto intercorrente fra le parti. Particolarmente nel secondo caso, è stata valorizzata la violazione del Trattato, piuttosto che le modalità con cui la violazione è avvenuta, cioè tramite l'inserimento di una clausola con effetti anticoncorrenziali nel contratto intercorrente fra le parti. Questa soluzione garantisce un'uniformità di trattamento nella cooperazione giudiziaria civile per comportamenti che risultano rilevanti per i loro effetti, più che per le loro modalità di attuazione, e la cui disciplina costituisce uno dei pilastri del diritto dell'Unione europea⁵⁷. Inoltre, per il danneggiato non rileva la forma con cui l'illecito è realizzato, tanto che, sulla scia della sentenza *Courage*, a talune condizioni la parte contrattuale può essere vittima dell'illecito e legittimato attiva all'azione risarcitoria.

43. Tale irrilevanza non consente di esperire i fori a tutela della parte debole, per i quali è sempre necessaria la conclusione di un contratto⁵⁸.

V. Il principio dell'unità economica nella determinazione della legge applicabile alla responsabilità per illecito *antitrust*

44. Sul fondamento della qualificazione operata dalla Corte di giustizia, la legge applicabile all'illecito anticoncorrenziale deve essere rinvenuta nel regolamento n. 864/2007, sulla legge applicabi-

⁵⁴ Corte di giustizia 9 luglio 2020, *Volkswagen*, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534.

⁵⁵ Corte di giustizia 24 ottobre 2018, *Apple*, C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854.

⁵⁶ Corte di giustizia 24 novembre 2020, *Wikinghof*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950.

⁵⁷ Corte di giustizia 1 giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

⁵⁸ Corte di giustizia 23 dicembre 2015, *Hobohm*, C-297/14, ECLI:EU:C:2015:844; 10 dicembre 2020, *A.B. e B.B.*, C-774/19, ECLI:EU:C:2020:1015.

le alle obbligazioni non contrattuali, nel quale è stabilito un criterio di collegamento speciale destinato alla concorrenza sleale e agli atti limitativi della libera concorrenza (art. 6).

45. Sebbene il considerando n. 21 del regolamento definisca l'art. 6 come un chiarimento dell'art. 4, sussistono due importanti differenze. In primo luogo, nell'art. 6 è irrilevante la residenza abituale comune delle parti. Questa scelta è giustificata dalla volontà di assicurare una *par condicio concurrentium*⁵⁹ nel mercato interno, che prescindendo dall'origine delle imprese, degli acquirenti e dei consumatori, che operano tutti sullo stesso mercato. Rilevano, quindi, solo gli effetti delle condotte commerciali. In secondo luogo, nell'ambito dell'art. 6 non è possibile scegliere la legge applicabile, in via eccezionale rispetto al generale principio di libertà stabilito dal regolamento⁶⁰. La limitazione si giustifica in parte perché l'art. 6, par. 3 già consente una limitata *optio legis* a favore della vittima, in parte al fine di assicurare il perseguimento degli obiettivi di tutela del mercato e dei suoi operatori, come già bilanciati nella disposizione stessa.

46. Negli *atti limitativi della concorrenza* ai sensi dell'art. 6, par. 3 sono comprese le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE⁶¹. La Corte non ha tuttavia avuto ancora modo di interpretare specificamente i criteri di collegamento ivi stabiliti, piuttosto complessi. La regola generale è data dall'applicazione della legge del paese sul cui mercato ha o potrebbe avere effetto. Essa si pone in continuità con l'art. 4, par. 1, dal momento che concretizza il luogo del danno alla luce del particolare illecito di cui si tratta. Questo criterio di collegamento tuttavia non è univoco, se non nei casi in cui il ricorrente sia una persona fisica, o un concorrente che operi solamente su un mercato nazionale, o un acquirente, come nella fattispecie del caso *Sumal*. In queste ipotesi, il mercato su cui ha effetto la limitazione è solo quello del luogo della residenza o del domicilio della persona fisica, oppure della sede del concorrente.

47. In casi più complessi, la *Mosaikbetrachtung* per ogni parte di danno subito in ciascuno Stato membro⁶² comporterebbe l'applicazione di diverse normative nazionali alla stessa condotta antigiuridica. In questo ambito, il problema sorgerebbe non tanto nella valutazione dell'antigiuridicità della condotta⁶³, quanto nei termini delle conseguenze della stessa, dall'individuazione delle tipologie di danni risarcibili, alle loro quantificazione e liquidazione, nonché al diverso possibile apprezzamento del nesso causale. Per ogni legge applicabile a parte del danno, diversi sarebbero gli esiti.

48. L'art. 6, par. 3, lett. b) risolve solo in parte questa difficoltà. La disposizione considera infatti la produzione di effetti su più mercati nazionali, ma disciplina solamente casi particolari, lasciando lacunosa la disciplina per altre fattispecie rilevanti nei casi di *private enforcement* in esame. La prima

⁵⁹ H. VON HEIN, "Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 498.

⁶⁰ TH. M. DE BOER, "Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation", *Yearbook of Private International Law*, 2007, p. 24; P. BERTOLI, "Party Autonomy and Choice-of-law, Methods in the "Rome II" Regulation on the Law applicable to non-contractual Obligations", *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 229-264; T. KADNER GRAZIANO, "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, p. 57.

⁶¹ Corte di giustizia 5 luglio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533; Sentenza, *Tibor Trans*, cit., par. 35.

⁶² H. HEISS/L.D. LOACKER, "Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II", *Juristische Blätter*, 2007, p. 613; A. JUNKER, "Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 3675; S. LEIBL/M. LEHMANN, "Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II")", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2007, p. 721; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, OUP, 2008; L. DE LIMA PINHEIRO, "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 5; G. WAGNER, "Die neue Rom II-Verordnung", *IPrax*, 2008, p. 1.

⁶³ Infatti, il principio del primato del diritto dell'Unione europea impone l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE ai giudici nazionali, come ulteriormente chiarito dall'art. 3, par. 1 e 2 del regolamento 1/2003. Per i profili internazionalprivatistici: C. SANTAOLALLA MONTROYA, "La interpretación necesaria del derecho de la competencia desde un enfoque ius internacional privatista", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, n. 1, pp. 527-544.

ipotesi considerata si verifica quando sia adito il giudice del domicilio del convenuto. La disposizione consente una scelta di legge unilaterale a favore del solo danneggiato. La scelta è tuttavia limitata alla *lex fori*, purché il mercato dello Stato membro del giudice adito sia pregiudicato dalla condotta anticoncorrenziale. La seconda fattispecie particolare disciplinata dalla lett. b) è il litisconsorzio, determinato da una pluralità di soggetti convenuti presso il giudice del domicilio di uno di essi. Anche in questo caso è lasciata all'attore la scelta della *lex fori* come applicabile, se quel mercato nazionale sia interessato direttamente e sostanzialmente dal pregiudizio concorrenziale.

49. Evidentemente questa disposizione, che pur considera la produzione di effetti pregiudizievole diffusi nel mercato interno e consente l'individuazione di una sola legge applicabile, non è idonea a fornire una risposta univoca alla questione della legge applicabile per gli illeciti con danni plurilocalizzati, qualora non siano soddisfatte tutte le condizioni di cui alla lett. b).

50. Nel caso del gruppo societario, in cui è maggiormente probabile che si producano effetti negativi concreti su più mercati nazionali, il criterio di collegamento della *lex fori*, sostanzialmente coincidente con il domicilio del convenuto, può risultare favorevole per l'attore. Infatti, si ampliano le possibilità di scelta di legge già previste dall'art. 6, par. 3. Il danneggiato potrà indirettamente scegliere la legge applicabile fra quella del domicilio della casa madre e quello della società figlia, ivi instaurando l'azione risarcitoria nei confronti dell'una o dell'altra, sul fondamento del titolo generale di giurisdizione del regolamento n. 1215/2012.

VI. Alcune riflessioni conclusive

51. Le complessità del diritto della concorrenza e delle modalità in cui si organizza l'attività imprenditoriale sul mercato interno rendono estremamente delicate le problematiche relative all'imputazione della responsabilità nei gruppi societari e conseguentemente, alla luce della loro compagine multinazionale, del trattamento degli aspetti internazionalprivatistici. Il principio dell'unità economica appare quindi efficace nella disciplina del *public enforcement*, rendendo di fatto irrilevante la distinzione fra soggetto che abbia assunto le decisioni imprenditoriali e commerciali e soggetto che le abbia poste in essere.

52. Almeno parzialmente diverso è il *private enforcement* nelle situazioni transfrontaliere. Pur mantenendosi il vantaggio dell'indifferenza del soggetto agente all'interno del gruppo societario, gli effetti anticoncorrenziali, potenzialmente producibili nell'intero mercato unico, cui si aggiunge una frammentazione del luogo dell'evento, reintroducono la frammentazione della fattispecie laddove la condotta antiggiuridica era stata appena ricomposta ad unità. Questo risultato non solo è parzialmente contraddittorio alla luce del principio originariamente adottato, ma rischia di ampliare l'incertezza del diritto, rilevando potenzialmente qualsiasi Stato membro in punto di determinazione della giurisdizione e di legge applicabile.

53. La conferma dell'applicabilità del principio dell'unità economica anche nell'ambito del *private enforcement* pare tuttavia agevolare la vittima. Oltre a un'implicita scelta insita nella *Mosaikbe-trachtung* dei regolamenti dell'Unione europea, il danneggiato potrà altresì scegliere il convenuto, quantomeno all'interno del gruppo o dei collegamenti giuridici ed economici fra imprese aventi ad oggetto la medesima attività, qualora esse siano riconducibili a un'unità economica. Il vantaggio può essere di natura diversa, e può dipendere da motivi sia correlati alla solidità economico-finanziaria delle imprese coinvolte, sia attinenti agli aspetti internazionalprivatistici, dal momento che il carattere multinazionale del gruppo amplia immediatamente le possibilità di scelta. Tra questi ultimi vantaggi è possibile annoverare il più agevole accesso al giudice (come nel caso *Sumal*, in cui l'attore ha potuto agire presso il

giudice dello Stato del proprio domicilio, coincidente a quello della convenuta⁶⁴), la scarsa utilità del litisconsorzio, l'applicazione della *lex domicilii* o della *lex fori*, l'esecuzione della sentenza nello stesso Paese. Questa possibilità renderebbe più agevole il *private enforcement*, nella *ratio* della direttiva 2014/104 (considerando n. 9), migliorando le condizioni alle quali i consumatori possono esercitare i loro diritti nel mercato interno⁶⁵.

⁶⁴ E. FRONCZAK, "Cuius legislatio, eius iurisdictio? The emerging synchronisation of European private international law on tort", *ERA Forum*, 2016, pp. 173-189.

⁶⁵ Con riferimento all'abuso di posizione dominante, espressamente: Corte di giustizia 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83.

La consideración del lugar de la infracción en la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujo o modelo comunitario, a propósito de la STJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, C-421/20

The role of place of infringement in the applicable law to claims relating to an action for infringement of a Community design. Commentary to the CJEU Resolution of 3rd March 2022, *Acacia and BMW*, C-421/20

ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ

Personal investigador en formación (doctoranda en Derecho internacional privado)
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Recibido: 06.07.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7237

Resumen: el objeto del presente trabajo es el análisis de la resolución del TJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, C-421/20. En la cuestión prejudicial se plantea, en esencia, cuál es la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujos o modelos comunitarios de carácter selectivo a la luz del Reglamento Roma II, que regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y del Reglamento sobre dibujos y modelos comunitarios. El TJUE aclara, a tal fin, la interpretación del artículo 8.2 del Reglamento Roma II ofreciendo los criterios aplicables para establecer la localización del lugar en el que se ha cometido la infracción, y su encaje con el Reglamento sobre dibujos y modelos comunitarios. En la Sentencia el TJUE simplifica su Jurisprudencia previa al respecto y se separa de las Conclusiones del Abogado General que conducirían a obtener una resolución diametralmente opuesta.

Palabras clave: Derecho de propiedad industrial comunitario de carácter unitario, Derecho aplicable, Reglamento Bruselas I-bis, Reglamento sobre dibujos y modelos comunitarios, pretensiones conexas a una acción por infracción.

Abstract: the purpose of this paper is to analyse the decision of the Court of Justice of the European Union of 3rd March 2022, *Acacia and BMW*, case C-421/20. The question referred for a preliminary ruling essentially concerns the law applicable to claims relating to an action for infringement of Community designs in the light of the Rome II Regulation, which governs the law applicable to non-contractual obligations, and the Community Design Regulation. To this end, the CJEU clarifies the interpretation of Article 8(2) of the Rome II Regulation, offering the criteria applicable to establish the

* Este trabajo se ha desarrollado en condición de beneficiaria del programa predoctoral de formación del personal investigador 2021-2025 en Canarias otorgada por la Agencia Canaria de Investigación, Innovación y Sociedad de la Información (ACIISI) de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y cofinanciada por el Fondo Social Europeo (FSE), con una tasa de cofinanciación del 85% en el marco del Programa Operativo FSE de Canarias 2014-2020, en el Eje prioritario 3, "Invertir en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y un aprendizaje permanente".

location where the infringement has been committed, and how it fits in with the Community Design Regulation. In the decision, the CJEU simplifies its previous case law on the matter and departs from the Advocate General's Opinion, which would lead to a diametrically opposed decision.

Keywords: Unitary Community Industrial Property Right, Applicable Law, Brussels I bis Regulation, Regulation on Community Designs (RDC), Claims Supplementary to the Action for Infringement.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del litigio principal y plantamiento de las cuestiones prejudiciales. III. Las conclusiones del abogado general. 1. Primera cuestión prejudicial: ¿conflicto de leyes? 2. Segunda cuestión prejudicial: lugar en el que se ha cometido la infracción. IV. La sentencia del TJUE *Acacia y Bmw*.

I. Introducción

1. La STJUE de 3 de marzo de 2022¹ tiene por objeto la aclaración de la ley aplicable a unas pretensiones conexas solicitadas por la sociedad alemana BMW ante una infracción de un dibujo o modelo comunitario de titularidad exclusiva, cometida por la sociedad italiana Acacia, a la luz del Reglamento (CE) n.º 6/2002 sobre dibujos y modelos comunitarios² (en adelante RDC) y del Reglamento (CE) n.º 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales³ (en adelante Roma II). El hecho generador del litigio -la infracción del modelo o dibujo comunitario- es la distribución por parte de Acacia de llantas de vehículos en Alemania. Como se verá no es la única infracción existente, puesto que la sociedad italiana ofrece a través de Internet los productos infractores, además de distribuirlos en otros Estados miembros⁴. No obstante, BMW únicamente impugna, a través de una acción selectiva regulada en el artículo 82.5 del RDC, la oferta y la puesta en el mercado de las llantas en Alemania, es decir, entabla una acción destinada a impugnar una infracción cometida en un único Estado miembro, atribuido a un único infractor⁵.

2. En el marco de la acción entablada por BMW ante el tribunal de dibujos y modelos comunitario alemán el demandante solicita, además del cese de la infracción, otras pretensiones conexas -indemnización por daños y perjuicios, aportación de información y documentos, rendición de cuentas y la entrega de los productos infractores con vistas a su destrucción⁶. Las mismas quedan fuera del ámbito de las disposiciones materiales del RDC, remitiéndose el mismo a la legislación nacional del Estado miembro en el que se hubiera cometido la infracción para concretar su regulación. Son precisamente las dudas interpretativas acerca de la ley aplicable a dichas pretensiones conexas (la alemana o la italiana), dada la potencial situación de conflicto de leyes, de acuerdo con el artículo 1.1 Roma II⁷, las que suscitan el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal⁸.

¹ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152.

² Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, *DOCE L 3, de 5 de enero de 2002, p. 1/24*.

³ Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II, *DOUE L 199, de 31 de julio de 2007, p. 1/10*.

⁴ Documento de trabajo sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=255001&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10364117>

⁵ Al respecto, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Propiedad intelectual e industrial" en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.

⁶ Véase A. CASADO CERVIÑO Y A. BLANCO JIMÉNEZ, *El Diseño Comunitario: una aproximación al régimen legal de los 6 s y modelos en Europa*, 1º ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

⁷ El artículo 1.1 Roma II en cuanto el ámbito de aplicación del mismo señala que: "El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes (...)".

⁸ Véase D. MOURA VICENTE, "Principios sobre conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 5-23.

3. A partir de esta aproximación inicial a la situación de partida hay que tener presente que tanto el RDC como el Reglamento (UE) n.º 1001/2017 sobre la marca de la Unión Europea⁹ se caracterizan por contener normas incompletas sobre sanciones frente a las infracciones cometidas y por su alcance limitado como *lex loci protectionis*, a pesar del esfuerzo armonizador del legislador europeo, plasmado en la Directiva 2004/48/CE¹⁰. Así, el RDC recoge en sus artículos 88.2 y 89.1.d) la remisión de los tribunales de dibujos y modelos comunitarios a la aplicación de su legislación nacional en todas aquellas cuestiones no previstas en el mismo, incluidas otras sanciones apropiadas, que son el objeto de discusión de la presente cuestión prejudicial planteada ante el TJUE¹¹.

4. La remisión del RDC a las normas de Derecho internacional privado en todo aquello que no prevé conduce a la consideración y aplicación de Roma II que regula, en general, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, así como la ley aplicable a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en su artículo 8. La necesidad de un encaje lógico-sistemático de ambos instrumentos comunitarios a la hora de determinar la ley aplicable a las pretensiones conexas a infracciones de derechos de propiedad intelectual se ha traducido en la construcción de una Jurisprudencia del TJUE tendente a la interpretación de los artículos 88.2 y 89.1.d) RDC a la luz del artículo 8.2 de Roma II y a fijar el alcance del mismo en dos situaciones distintas: en el supuesto de que se cometan varias infracciones en varios Estados miembros atribuidas a un mismo infractor (*Nintendo*¹²) y en el supuesto de que la acción por infracción se refiera a hechos cometidos o que pudieran cometerse en el territorio de un solo Estado miembro (*AMS Neve*¹³ y *Acacia y BMW*)¹⁴.

II. Hechos del litigio principal y planteamiento de las cuestiones prejudiciales

5. La sociedad italiana Acacia fabrica y oferta a través de Internet unas llantas de vehículos que distribuye en varios Estados miembros. La oferta en línea de los productos infractores del dibujo o modelo comunitario de titularidad de BMW se dirige, entre otros, a los consumidores que residen en Alemania¹⁵. Ante esta situación, la sociedad alemana BMW ejercita una acción por infracción del derecho de propiedad industrial ante un tribunal de dibujos y modelos comunitarios en la que, asimismo, solicita que se estimen unas pretensiones conexas. Entablada la acción, el tribunal de dibujos y modelos comunitarios alemán se declara competente en virtud del artículo 82.2 del RDC. Hay que expresar que, de acuerdo con el artículo 83.2 RDC, el alcance de la competencia del mismo se limita al conocimiento de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual cometidos o que pudieran cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se sitúa el tribunal, es decir, Alemania.¹⁶¹⁷

⁹ Reglamento (UE) n.º 1001/2017 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea, *DOUE L 154, de 16 de junio de 2017, p. 1/99*.

¹⁰ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, *DOUE L 157, de 30 de abril de 2004, p. 45/86*.

¹¹ Al respecto muy ilustrativo A. KUR, "Easy Is Not Always Good- The Fragmented System for Adjudication of Unitary Trade Marks and Designs", *IIC*, vol. 52, 2021, pp. 579-595.

¹² STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo*, asuntos C-24/16 y C-25/16, EU:C:2017:724.

¹³ STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, asunto C-172/18, EU:C:2019:674.

¹⁴ En relación con otras interpretaciones fundamentales realizadas por el TJUE en relación con acciones por infracción y pretensiones conexas, véase STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Nokia*, asunto C-316/05, EU:C:2006:789 y STJUE de 12 de abril de 2011, *DHL Express France*, asunto C-235/09, EU:C:2011:238.

¹⁵ Para un análisis profundo sobre cómo la transformación del comercio electrónico y, por ende, de la distribución comercial *online* afecta a la infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual, véase I. ANTÓN JUÁREZ, "Infracción de un derecho de marca en plataformas *ecommerce*: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 52-75.

¹⁶ Véase E. CASTELLANO RUIZ, "Determinación de la Competencia Judicial Internacional en materia de infracción de la Propiedad Intelectual en Internet", en J. J. CASTELLÓ PASTOR (dir.) *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, 2021, pp. 263-285

¹⁷ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartados 14-21.

6. Considerados cometidos los actos de infracción impugnados por BMW, el tribunal ordena el cese de la infracción por parte de Acacia y estima las pretensiones conexas (indemnización por daños y perjuicios, aportación de información y documentos, rendición de cuentas y la entrega de los productos infractores con vistas a su destrucción), aplicando a las mismas la regulación alemana. Acacia recurre la decisión negando la existencia de la infracción del dibujo o modelo comunitario de BMW y alegando que la ley italiana es la aplicable a las pretensiones conexas¹⁸. Dada la remisión del RDC en el artículo 89.1.d) que regula las sanciones por infracción a la legislación vigente en el Estado miembro en el que se hayan cometido los actos de infracción, la localización del lugar de la infracción determinará la aplicación del derecho alemán o italiano. La distinta regulación de las sanciones por infracción en una y otra legislación (que particularmente difieren en la regulación de la rendición de cuentas y la aportación de documentos), determinará una distinta solución del litigio del que trae origen el procedimiento ante el TJUE¹⁹.

7. En este contexto el órgano jurisdiccional remitente hace dos consideraciones: la primera es que la competencia judicial se deduce del artículo 82.5 del RDC, de manera que el tribunal alemán de dibujos y modelos comunitarios está facultado para conocer de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual cometidas en Alemania²⁰. La segunda consideración es que la remisión del RDC en lo relativo a las sanciones no reguladas en el instrumento comunitario a la legislación del Estado miembro en el que se hayan cometido los actos de infracción, incluidas las normas de Derecho internacional privado²¹, supone la aplicación del artículo 8.2 de Roma II a la situación litigiosa. El mismo dispone que en el caso de la infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario la ley aplicable será la del país en el que se haya cometido la infracción para todas aquellas cuestiones no reguladas por el RDC. Han sido varias las ocasiones en las que el TJUE ha ofrecido criterios interpretativos útiles de cara a localizar el lugar de la infracción a la luz del artículo 8.2 Roma II, dada la complejidad del derecho de propiedad intelectual que presenta elementos trasfronterizos, debido al amplio elenco de hechos que pueden ser considerados infractores y la dificultad de localizar en un Estado algunos de ellos²². Por tanto, si bien el órgano jurisdiccional remitente no alberga dudas sobre la competencia del tribunal de modelos y dibujos comunitarios alemán, sí duda sobre la legislación aplicable a las pretensiones conexas solicitadas por BMW a la luz de la STJUE *Nintendo*, de la que se podría extraer la conclusión de que el derecho aplicable a las mismas es el italiano, puesto que el hecho generador del daño se sitúa en Italia, que es el país desde el que se ofrecen y envían las llantas a Alemania. Asimismo, el hecho de que la oferta de las llantas se realizara desde Italia, pero se dirigiera a consumidores situados en Alemania se erige en otro punto controvertido a la hora de que el órgano jurisdiccional remitente se decante por la aplicación de, en su caso, la ley alemana (a la luz de la STJUE *AMS Neve*).

8. De este modo, el órgano jurisdiccional remitente suspende el procedimiento y plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

A) En un supuesto de infracción de dibujos o modelos comunitarios, ¿puede el tribunal nacional del lugar de la infracción, ante el cual se ha presentado la demanda en virtud del fuero internacional del lugar de los hechos con arreglo al artículo 82.5, del Reglamento n.º 6/2002, aplicar (...) la lex fori a las pretensiones conexas que se refieran al territorio de ese Estado miembro?

¹⁸ Petición de cuestión prejudicial Oberlandesgericht Düsseldorf en el litigio entre Acacia Srl y Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=232601&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10367099>.

¹⁹ De estimarse la aplicación del Derecho italiano a las pretensiones conexas sería necesario modificar la sentencia de primera instancia.

²⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Infracciones de marcas de la Unión, modelos y dibujos comunitarios: avances en materia de competencia judicial y ley aplicable”, *La Ley Unión Europea*, núm. 52, abril 2017, pp. 1-12.

STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 15.

²¹ Al respecto, STJUE de 13 de febrero de 2014, *H. Gautzsch Großhandel*, asunto C-479/12, EU:C:2014:75.

²² Por ejemplo, la oferta en línea desde un tercer Estado de productos infractores a consumidores residentes en el territorio de la Unión. Véase P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de la infracción y ley aplicable a los derechos de propiedad industrial unitarios. Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2022, as. C-421/20: Acacia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 102, abril 2022, pp. 1-8.

*B) En caso de respuesta negativa (...): ¿Puede situarse el “lugar en que se cometió el acto de infracción inicial” en el sentido de la sentencia (...) Nintendo (...) a efectos de determinar el Derecho aplicable a las pretensiones conexas con arreglo al artículo 8.2, del Reglamento n.º 864/2007, en el Estado miembro en el que residen consumidores a quienes va dirigida la publicidad en Internet y en el que los artículos que infringen el dibujo o modelo comunitario se ponen en el mercado (...) aunque las ofertas en Internet en que se basan la oferta y la puesta en el mercado tengan su origen en otro Estado miembro?*²³

9. El TJUE reformula las cuestiones prejudiciales planteadas con el fin de proporcionar una respuesta útil que pueda permitir al órgano jurisdiccional remitente dirimir el litigio del que está conociendo²⁴ en el siguiente sentido: se trata de una cuestión prejudicial conducente a determinar cuál es el Derecho aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de un dibujo o modelo comunitario de carácter unitario regulada en el artículo 82.5 del RDC, cuya regulación queda fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones materiales del RDC. Las pretensiones conexas referidas a la obtención de una indemnización, a la obtención y presentación de información y a la rendición de cuentas para poder determinar la cuantía del perjuicio están comprendidas en el artículo 88.2 del RDC. De la misma manera, las pretensiones destinadas a destruir los productos que infringen el dibujo o modelo comunitario se asimilan a las reguladas en el artículo 89.1.d) del RDC, que estipula que, en relación con las sanciones no especificadas por el RDC (“otras sanciones que pueden ser apropiadas de acuerdo con las circunstancias”) se aplicará la legislación vigente en el Estado miembro en el que hayan cometido los actos de infracción o de amenaza de infracción, incluidas las normas de Derecho internacional privado. En definitiva, el órgano jurisdiccional remitente verdaderamente solicita una interpretación conjunta en una única cuestión prejudicial de los artículos 88.2 y 89.1.d) del RDC con el objetivo de conocer el alcance de dichas disposiciones cuando la acción por infracción hace referencia a hechos cometidos en un único Estado miembro²⁵.

III. Las Conclusiones del Abogado General

1. Primera cuestión prejudicial: ¿conflicto de leyes?

10. El Abogado General responde en sus Conclusiones a las cuestiones prejudiciales inicialmente planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. Dado que el TJUE decide responder en manera conjunta la cuestión prejudicial reformulada, tiene interés ahondar en los argumentos del Abogado General, puesto que en sus Conclusiones responde a cada una de las dos cuestiones iniciales por separado y ello determina que su solución propuesta diste tanto del pronunciamiento del TJUE²⁶.

11. El Abogado General interpreta que la primera cuestión prejudicial va a referida a aclarar si la situación planteada comporta o no un conflicto de leyes en el sentido del artículo 1.1 de Roma II, lo que, en caso negativo, determinaría que la ley aplicable sería la *lex fori*, la ley alemana²⁷. Sin embargo, el TJUE a lo largo de la sentencia no pone en cuestión que no se trate de una situación que comporte un conflicto de leyes. Así, considera que deben aplicarse las normas de conflicto, y ello con independencia de que el resultado de la aplicación de las normas de conflicto a la situación dudosa conduzca a la aplicación de la legislación alemana. La coincidencia del resultado no supondría conculcar lo dispuesto en los artículos 88.2

²³ Petición de decisión prejudicial, 8 de septiembre de 2020 por el Oberlandesgericht Düsseldorf, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=232601&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=10394995>.

²⁴ Véase STJUE de 15 de julio de 2021, *The Department for Communities in Northern Ireland*, asunto C-709/20, EU:C:2021:602.

²⁵ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 30.

²⁶ En la STJUE *Nintendo*, el Abogado General propuso en sus Conclusiones una interpretación diametralmente opuesta a la contenida finalmente en la STJUE, tal y como ha sucedido en la STJUE objeto de estudio. Véanse Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, 1 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:146. Una crítica a la postura defendida por el Abogado General Yves Bot en M. ŚWIERCZYŃSKI, B. OREŹIAK, “Judgment of the Court (Second Chamber) of 27 September 2017 in joined cases C-24/16 and 25/16 in the proceedings Nintendo Co. LTD v. BigBen Interactiva GMHB, Big Ben Interactive S.A.”, *Comparative Law Review*, núm. 24, Nicolais Copernicus University, 2018, pp. 331-342.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartado 20.

y 89.1.d) que remite, en todo aquello no regulado por el RDC, a la legislación nacional vigente del Estado en el que se hayan cometido las infracciones, incluido a las normas de Derecho internacional privado²⁸.

12. El Abogado General analiza el concepto de situación que comporte o implique un conflicto de leyes del artículo 1.1 de Roma II y a tal respecto señala que, a efectos de garantizar que se apliquen las normas de conflicto de Roma II (y no las nacionales o convencionales), los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de que se apliquen leyes distintas de las suyas en aquellos asuntos en los que hay presencia de elementos de varios Estados miembros o de terceros Estados. A su vez sostiene que, si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro contara con la facultad, en virtud de las normas procesales de la *lex fori*, de acotar un procedimiento a los hechos acaecidos en el Estado miembro en donde tiene sede el mismo, podría decidir inaplicar las normas de conflicto de Derecho internacional privado de la Unión²⁹.

13. Por tanto, cuando un tribunal de un Estado miembro conoce, con arreglo al artículo 82.5 del RDC de una acción por infracción entablada por un titular de un dibujo o modelo comunitario contra un infractor cuyo establecimiento se sitúa en otro Estado miembro, dirigida contra la oferta y puesta en el mercado (distribución) en este primer Estado miembro de los productos infractores (Alemania), se trata de manera inexorable de una situación que comporta un conflicto de leyes, de acuerdo con el artículo 1.1 de Roma II y, por tanto, no se aplica la *lex fori* del Estado miembro en donde tenga su sede el tribunal, sino que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 8.2 de Roma II que designa la ley aplicable a la infracción de los derechos de propiedad intelectual relativas al Estado miembro y, por tanto, a las pretensiones conexas. Ahora bien, la existencia y disponibilidad de un foro alternativo ante el cual el titular del derecho de propiedad intelectual puede invocar sus derechos no puede confundirse con la posibilidad de elegir la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción.

14. En definitiva, a la pregunta de si el tribunal nacional del lugar de la infracción ante el que se ha presentado la demanda en virtud del fuero internacional del lugar de los hechos puede aplicar la *lex fori* a las pretensiones conexas que se refieran al territorio de ese Estado miembro, el Abogado General responde de manera negativa, en tanto en cuanto el RDC se remite a la regulación de Roma II para designar cuál es la ley aplicable a dichas pretensiones conexas y no cabe, por tanto, aplicar de manera automática la *lex fori*.

2. Segunda cuestión prejudicial: lugar en el que se ha cometido la infracción

15. Más interés suscita la respuesta del Abogado General a la segunda de las cuestiones prejudiciales, destinada a dilucidar qué criterios hay que emplear para localizar “el país en el que se haya cometido la infracción”, a la hora de determinar la ley aplicable a las pretensiones conexas a la acción por infracción del dibujo o modelo comunitario, introducidos en la Jurisprudencia previa del TJUE (*Nintendo* y *AMS Neve*). El Abogado General plantea que, dado que la situación planteada en el presente asunto difiere de las consideradas en *Nintendo* y *AMS Neve*, existe una disyuntiva que conducirá a que, si se sigue una u otra interpretación, la ley aplicable a las pretensiones conexas será distinta. De seguir el criterio interpretativo contenido en *AMS Neve*³⁰, el resultado será aplicar al presente caso la ley alemana y, de considerar el contenido en *Nintendo*, el resultado será la aplicación de la ley italiana³¹.

²⁸ En particular sobre la importante labor interpretativa de la jurisprudencia del TJUE, véase M.P. CÁMARA ÁGUILA, I. GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ (coords.), *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

²⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartados 40 y 43.

³⁰ Para una síntesis exhaustiva de la STJUE *AMS Neve*, F. CASTILLO DE LA TORRE, P. NEMECKOVA, “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, septiembre-diciembre 2019”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 217-278.

³¹ Véase V. JIMÉNEZ SERRANÍA, “Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*,

16. La situación de partida de la Sentencia *Nintendo* es la imputación de varios actos infractores de derechos de propiedad intelectual a un mismo demandado en varios Estados miembros. Dado que varios son los lugares en los que se ha producido el hecho generador del daño, existen varios puntos de conexión pertinentes para determinar la ley aplicable³². Para evitar que el órgano jurisdiccional que conoce del litigio aplique varias leyes, el TJUE estableció en *Nintendo* que se debe interpretar el concepto de “país en el que se haya cometido la infracción” a la luz del artículo 8.2 de Roma II en el sentido de lugar en el que se cometió o pudo cometerse el acto de infracción inicial, que es el origen del comportamiento infractor. Para ello, el órgano jurisdiccional nacional no debe identificar cada acto de infracción individualmente cometido, sino que debe valorar de manera global el comportamiento del infractor a efectos de determinar el acto de infracción inicial³³.

17. En *Nintendo* se cuestiona si varios actos de infracción representan la misma forma de utilización cuando el acto reprochado consiste en la oferta de venta y en la puesta en el mercado dirigida a consumidores que se encuentran en un Estado miembro, aunque las ofertas en Internet se localicen en otro Estado miembro³⁴. El Abogado General sostiene que en *Acacia* y *BMW* existen, por analogía, al menos dos actos de infracción que se han cometido en Alemania y en Italia y que la interpretación de la Sentencia *Nintendo* es extrapolable a la determinación de la ley aplicable a las pretensiones conexas, objeto del presente litigio³⁵.

18. Prosigue considerando que el acto de infracción inicial es la publicación de la oferta de venta y se localiza en Italia y, por tanto, es la ley italiana la aplicable a las pretensiones conexas. No obstante lo anterior, el Abogado General matiza que la solución ofrecida en aras de determinar la ley aplicable a las pretensiones conexas en este litigio no resuelve el problema de la determinación de la ley aplicable cuando la oferta de venta y la publicidad de Internet de productos que infringen derechos de propiedad intelectual comunitarios de carácter unitario la realizan operadores que están establecidos en terceros Estados, puesto que supondría designar como ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción una ley de un tercer Estado. En principio el resultado de aplicar la ley de un tercer Estado parece poco satisfactorio en la medida en que el alcance territorial de la protección de los derechos de los titulares de dibujos o modelos comunitarios que tienen carácter unitario se circunscribe al territorio de la Unión³⁶, si bien Roma II recoge que se aplicará la ley que el mismo designe (y ello a pesar de que no sea la de un Estado miembro)³⁷. Por ello propone que, si las ofertas en Internet de los productos infractores tienen origen en un tercer Estado, este no debe ser considerado país en el que se ha cometido la infracción en el sentido del artículo 8.2 de Roma II y que, en ese caso, habrá que estar a lo dispuesto en las leyes de los Estados miembros en los que residen los consumidores a los que la oferta se dirige. En este contexto sería posible identificar varias leyes que puedan considerarse aplicables a la situación, de manera que habría que, o bien identificar un acto de infracción inicial o un acto determinante para el territorio de la Unión. El resultado sería la aplicación de la ley de uno de los Estados miembros en los que la infracción ha producido sus efectos o la ley de un Estado miembro que presente un elevado grado de conexión con la infracción de los derechos de propiedad intelectual³⁸.

19. El Abogado General, en relación con la determinación de la ley aplicable a las pretensiones conexas a la acción por infracción, propone interpretar el lugar en el que se ha cometido la infracción

vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 652-665 para una síntesis y una crítica a la STJU en cuanto a la evolución de la Jurisprudencia del TJUE en la tutela de los titulares de dibujos o modelos comunitarios de carácter unitario.

³² A. KUR, “Enforcement of Unitary Intellectual Property Rights: International Jurisdiction and Applicable Law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 10, 2015, pp. 468-480.

³³ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartado 62.

³⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartados 62-63.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartados 67.

³⁶ Si bien lo cual hay que tener presente la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “*Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*”, COM (2015) 626 final, 9 de diciembre de 2015, pp. 3-4, que plantea una hoja de ruta en la aplicación uniforme de los mismos.

³⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartado 80.

³⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartados 84-86.

(artículo 8.2 de Roma II) en el sentido del país en el que se cometió el acto de infracción inicial. Dado que considera que el acto de infracción inicial origen del comportamiento infractor es la publicación en línea de la oferta de los productos en Italia es la ley italiana la que, en su opinión, debe ser la ley aplicable a las pretensiones conexas, contrariamente al criterio del TJUE³⁹.

IV. La sentencia del TJUE *Acacia y Bmw*

20. Anteriormente se expuso que el TJUE fundió en una sola las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, en aras de responder de manera útil al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto. El TJUE considera que la cuestión prejudicial tiene por objeto determinar el Derecho aplicable a las pretensiones conexas (artículos 88.2 y 89.1.d) RDC) a la acción por infracción de dibujos o modelos comunitarios de carácter unitario (artículo 82.5 RDC). Dichas pretensiones conexas, aunque quedan fuera del ámbito de aplicación del RDC -en este punto hay que recordar que el Derecho de propiedad intelectual no está completamente armonizado-, pueden entenderse comprendidas dentro de las reglas enunciadas en el artículo 88.2 (“otras cuestiones”) y en el artículo 89.1.d) (“otras sanciones”) del RDC. Siendo esta la situación de partida, se le solicita al TJUE la interpretación del alcance de los artículos 88.2 y 89.1.d) a la luz del artículo 8.2 de Roma II. En este sentido el TJUE examina conjuntamente si el tribunal de dibujos y modelos comunitarios que conoce de una acción por infracción del artículo 82.5 del RDC en un solo Estado miembro, debe examinar las pretensiones conexas que el titular del derecho del dibujo y modelo comunitario solicita, sobre la base del Derecho del Estado miembro en el que dichos tribunales están situados⁴⁰.

21. En relación con el alcance de la competencia del órgano jurisdiccional nacional que conoce de una acción por infracción del artículo 82.5, el TJUE manifiesta que, de acuerdo con el artículo 83.2 RDC solamente será competente sobre las infracciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se encuentre el tribunal y ello en base a que el artículo 82.5 se erige como un foro alternativo de competencia judicial destinado a permitir que el titular del dibujo o modelo comunitario interponga una o varias acciones selectivas que versarán sobre las infracciones cometidas en el Estado miembro en el que han sido interpuestas (*AMS Neve*)^{41,42}. En el presente asunto la acción que BMW ejercita en Alemania tiene por objeto la distribución de los productos infractores por parte de Acacia. De este modo se le reprocha la publicidad a través de Internet de los productos y la puesta a disposición de los mismos en el mercado alemán para potenciales consumidores. Si bien la oferta de los productos se realiza desde Italia, el hecho infractor se localiza en Alemania y ello en virtud de que la protección solicitada se refiere a los hechos localizados en Alemania, y no en Italia. De acuerdo con la STJUE *AMS Neve* es relevante, en el caso de productos ofertados en línea, los consumidores a los que se les ofrecen los productos infractores⁴³. Ello no comporta que no existan otras posibles violaciones del dibujo o modelo comunitario en Italia, sino que esas posibles violaciones no son objeto del litigio iniciado mediante la acción selectiva en Alemania. De existir otras infracciones cometidas en Italia, BMW debería entablar otra acción selectiva que tendría por objeto los hechos infractores cometidos en Italia. A su vez, en cada acción selectiva, de acuerdo con *AMS Neve* el tribunal que se declare competente en virtud del artículo 82.5 del RDC tiene que asegurarse, cuando controle su competencia judicial para resolver sobre la violación del derecho de propiedad intelectual, de que los actos atribuidos al demandado se hayan cometido en dicho territorio⁴⁴.

³⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, 28 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:886, apartado 88.

⁴⁰ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 34.

⁴¹ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 36.

⁴² Por analogía, véase P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial en materia de infracciones en línea de marcas de la Unión”, *La Ley Unión Europea*, núm. 76, abril 2019, pp. 1-10.

⁴³ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 45.

⁴⁴ Al respecto I. LORENTE MARTÍNEZ, “Vulneración de marcas de la Unión Europea en Internet y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1061-1071.

22. El TJUE basa su Sentencia en dos argumentos: de un lado, en que los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad se conculcarían si, en el ámbito de una acción circunscrita a un Estado miembro (la distribución en Alemania de los productos infractores) se conocieran otras posibles violaciones acaecidas en otros Estados miembros⁴⁵; a su vez, en que no se le puede exigir al juez que conoce de la posible infracción en Alemania en el marco de una acción selectiva que compruebe la existencia de otras posibles violaciones en otros Estados miembros con el fin de localizar el acto de infracción inicial y basarse en la ley del mismo para aplicarla a la totalidad de las infracciones, debido a que las acciones basadas en el artículo 82.5 RDC no se pueden acumular y a que el artículo 83.2 RDC faculta al tribunal de dibujos y modelos comunitarios a conocer tan solo de las violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se encuentre dicho tribunal⁴⁶. La imposibilidad de acumular acciones del artículo 82.5 del RDC en relación con los mismos hechos infractores elimina teóricamente la posibilidad de que se examinen en varios procedimientos pretensiones conexas a una acción por infracción con el mismo objeto aplicando leyes diferentes⁴⁷.

23. No puede realizarse, por tanto, una analogía entre el supuesto contenido en la sentencia Nintendo (se le imputan varias acciones a un infractor en varios Estados miembros) con el presente caso (un solo Estado miembro). Si BMW hubiera entablado una de las acciones reguladas en los apartados 1 a 4 del artículo 82, el tribunal de dibujos y modelos comunitarios que conociera del litigio sería competente en materia de violaciones cometidas o que pudieran cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro. En ese caso, sí habría sido necesario localizar el acto infractor inicial con el objetivo de que se aplicara una sola ley a todas las pretensiones conexas⁴⁸.

24. El TJUE se aparta, por tanto, de las Conclusiones del Abogado General e interpreta los artículos 88.2 y 89.1.d) a la luz del artículo 8.2 de Roma II en el sentido de que los tribunales de dibujos y modelos comunitarios que conocen de una acción por infracción selectiva del artículo 82.5 RDC (limitada a los actos infractores cometidos o que pudieran cometerse en un único Estado miembro) deben examinar las pretensiones conexas que quedan fuera del RDC, sobre la base del Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido o pudieran cometerse los actos que violen el dibujo o modelo comunitario, lo que coincide con el Derecho del Estado miembro en el que se sitúan esos tribunales, es decir, que la ley aplicable con base al artículo 8.2 de Roma II por parte del órgano jurisdiccional remitente es la ley alemana⁴⁹.

25. De esta manera la STJUE mantiene la coherencia con el criterio *lex loci protectionis*, puesto que conduce a la aplicación de la ley del Estado a cuyo territorio se dirige la infracción. Las posibles interpretaciones del artículo 8.2 de Roma II que podrían llevar indistintamente a aplicar una u otra ley son la consecuencia, como se expuso anteriormente, de las carencias del RDC como *lex loci protectionis*, dada su remisión a la legislación nacional de los tribunales de dibujos y modelos comunitarios en todo lo no regulado por el mismo⁵⁰.

⁴⁵ Véanse los considerandos 14, 16, 17, 19 y 26 de Roma II.

⁴⁶ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 50.

⁴⁷ STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, asunto C-172/18, EU:C:2019:674, apartados 40 y 41.

⁴⁸ Al respecto STJUE de 18 de mayo de 2017, *Hummel*, asunto C-617/15, ECLI:EU:C:2017:390.

⁴⁹ STJUE 3 de marzo de 2022, *Acacia y BMW*, asunto C-421/20, ECLI:EU:C:2022:152, apartado 51.

⁵⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 349-371.

Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Perú

Recognition of foreign divorce Judgments in Peru

LUZ MONGE-TALAVERA

Doctora en Derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas

Profesora asociada de la Universidad de Lima

ORCID: 0000-0002-3598-8069

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 30.08.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7238>

Resumen: La eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras constituye un tema de importancia mayor del Derecho Internacional Privado. Este artículo presenta el régimen legal establecido en el derecho peruano haciendo constata referencia a su aplicación jurisprudencial en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio. Si bien se constata esfuerzos legislativos destinados a simplificar el trámite del proceso judicial, el análisis de la norma y su aplicación por la jurisprudencia, revelan ciertos rezagos y contradicciones que podrían poner en peligro el principio de tutela judicial efectiva.

Palabras clave: sentencia extranjera, reconocimiento de sentencia extranjera, eficacia extraterritorial, exequátur, divorcio.

Abstract: The extraterritorial effectiveness of foreign judgments is a matter of major importance in Private International Law. This paper presents the legal regime established in the Peruvian Law, making constant reference to its jurisprudential application in terms of recognition of foreign divorce decrees. Although legislative efforts aimed at simplifying the processing of the judicial process are verified, the norm analysis and its application by the jurisprudence reveal certain lags and contradictions that could endanger the principle of effective judicial protection.

Keywords: foreign judgments, recognition of foreign judgments, executions extraterritorial, exequatur proceedings, recognition, divorce.

Sumario: I. Introducción. II. Exigencias extrínsecas a la sentencia extranjera. 1. Principio de reciprocidad. 2. Respeto de las competencias exclusivas. III. Regularidad intrínseca de la sentencia extranjera. 1. Competencia internacional del tribunal extranjero. 2. Autoridad de cosa juzgada. IV. Conformidad al orden público. 1. El respeto del orden público procesal. A) La notificación. B) El plazo. 2. El respeto del orden público relativo al fondo. V. Compatibilidad temporal de la sentencia extranjera con un eventual proceso o fallo anterior. 1. En el foro peruano. 2. En el foro extranjero. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Las decisiones relativas a litigios privados vinculados con al menos dos países requieren, por su propia naturaleza, eficacia internacional. Sobre el particular, se contraponen dos aspectos. Por un lado, siendo la función jurisdiccional una potestad que emana de la soberanía de los Estados, sólo

son eficaces en su territorio las sentencias proferidas por sus propios órganos judiciales. Por el otro, los derechos subjetivos válidamente adquiridos en fallos extranjeros requieren, de cara al principio de tutela judicial efectiva, mecanismos idóneos que aseguren su respeto. Como dicen Mayer y Heuzé, una sentencia extranjera, como una ley extranjera, es una norma que el derecho internacional privado ordena al juez tomarla en cuenta¹.

2. A pesar de su relevancia, el tema no suscitaba gran entusiasmo en Perú pues no era un tópico que tradicionalmente interpele la jurisprudencia. Si bien desde 1852 el Código de Enjuiciamientos Civiles ya contenía una escueta referencia al reconocimiento (art. 942)² y que Perú ha ratificado el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo (1889), el Código Bustamante (1928) y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979), es recién a partir de las modificaciones establecidas en el Código Civil de 1984³ y en el Código Procesal Civil de 1993 que se observa un escenario completamente diferente.

3. La vigente regulación opera un cambio de calificación en el sistema de competencia judicial internacional. Aparta el carácter de foro exclusivo que atribuía al conjunto de materias englobadas dentro del estatuto personal y las reviste únicamente de competencia concurrente. Paralelamente simplifica el procedimiento, reduciendo a una presunción *iuris tantum*, la condición de reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el foro de origen a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos⁴.

4. Así las cosas, el número de demandas de reconocimiento de fallos extranjeros, rarísimo antes de 1984, comienza a experimentar lentamente un incremento sostenido. Según las estadísticas, del total de causas ingresadas en 1993 ante la Corte Superior de Justicia de Lima, únicamente el 0.29% solicitaba el reconocimiento de sentencias extranjeras. Diez años después, en el año 2013, dicha cifra ascendió al 23.49%⁵. Destaca igualmente que, del universo casos de reconocimiento examinados entre los años 2010 a 2014 por la Corte Suprema de la República, el 76% correspondían a divorcios⁶.

5. Al respecto, conviene precisar que el ingreso de una sentencia foránea al orden jurídico peruano exige una instancia previa de reconocimiento⁷, cuya procedencia se subordina, primero, al cumplimiento de lo establecido en los tratados internacionales ratificados. En defecto de régimen convencional, su regularidad se rige por el Código Civil que prevé el control de oficio de cuatro aspectos generales. En primer término, el cumplimiento de un conjunto de condiciones intrínsecas al fallo foráneo, cuyo análisis será precedido por la presentación de los requisitos exteriores al mismo. Enseguida se examinará la conformidad de la sentencia extranjera con el orden público y, finalmente, su compatibilidad temporal con una eventual sentencia anterior, sea nacional o extranjera.

II. Exigencias extrínsecas a la sentencia extranjera

6. En concordancia a los principios generales relativos a la cooperación judicial internacional, el proceso de reconocimiento es un procedimiento de control formal. No comprende un nuevo exa-

¹ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2019, n. 372, p. 265.

² R. MAC LEAN UGARTECHE, "Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el Perú", *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, 1966, pp. 14-29.

³ En 1984 se articula el conjunto de normas referidas a esta materia en un nuevo Libro del Código Civil. Libro X: Derecho Internacional Privado.

⁴ Código Procesal Civil, Artículo 838.- "Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad".

⁵ C. J. CABELLO, *Exequátur de divorcio en el Perú e Iberoamérica*, Grijley, Lima, 2015, p. 25.

⁶ Fuente: Sala Civil Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República (2010 – 2014). Citado por C. J. CABELLO, *Ibid.*, p. 439.

⁷ Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren de exequatur. Código Civil, Art. 2108.

men sobre el fondo de la controversia y “en ningún caso se reexamina lo ya resuelto por la sentencia extranjera”⁸. La tarea del magistrado se limita a constatar que la sentencia foránea posee las características propias para ser respetada⁹; es decir a verificar si “reúne o no los requisitos que permiten su homologación”¹⁰. Sin embargo, aun en la hipótesis de que la respuesta sea afirmativa es probable que el reconocimiento sea denegado.

7. En efecto, el régimen legal peruano coloca el reconocimiento y ejecución bajo reserva del cumplimiento de condiciones que son, en realidad, exteriores a la sentencia materia de reconocimiento. Así, en defensa de la soberanía nacional, se establece una exigencia atenuada de reciprocidad (1). Seguidamente, en salvaguardia del orden jurídico peruano, se descarta el exequatur cuando la sentencia extranjera versa sobre algún asunto revestido de competencia exclusiva (2).

1. Principio de reciprocidad

8. El origen del principio de reciprocidad -invocado en tanto garantía de la soberanía e igualdad entre Estados- se encuentra en la doctrina de *Comitas gentium* o *Comity*¹¹. En este caso, una decisión de justicia -acto de poder de Estados soberanos- sólo puede surtir efectos en el territorio de otro Estado soberano si ambos Estados se comprometen a realizarse mutuamente esa concesión. Así la reciprocidad (o reconocimiento mutuo) fue consagrada en tanto principio por la Corte Suprema Americana en 1895¹².

9. En el Derecho Internacional Privado peruano, siguiendo la tradición convencional latinoamericana¹³, la eficacia extraterritorial de las sentencias se subordina al cumplimiento del principio de reciprocidad tanto contractual como legislativa¹⁴. En virtud de la primera, las sentencias extranjeras tienen en territorio peruano la fuerza que les reconoce el tratado respectivo. En la materia, Perú ha ratificado los Tratados de Montevideo (1889), el Código Bustamante (1928) y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979).

10. En segundo término, se establece la reciprocidad afirmativa o legislativa¹⁵. Es decir, de no existir tratado con el Estado de origen, para que una sentencia extranjera produzca efectos debe proceder de un país que dé recíprocamente cumplimiento a los fallos que emanan de los tribunales peruanos. “*Droit pour droit* », decía Niboyet.

11. En la eventualidad de que la sentencia proceda de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, el art. 2103 del Código Civil descarta expresamente que pueda

⁸ Corte Suprema de Justicia, Ap. 4688-2015 Lima, 28 junio 2016.

⁹ Por lo mismo, “el reconocimiento no cambia la naturaleza de la sentencia. Esta sigue siendo una sentencia extranjera”. P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n. 422, p. 297.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Ap. 2240-2015 Lima, 1^o abril 2016, que reconoce la sentencia emitida el 18 junio 1997 por el Noveno Circuito Judicial, Condado de Orange de Florida, Estados Unidos.

¹¹ Según François Rigaux la expresión *Comitas Gentium* fue “desastrosamente” traducida por “cortesía internacional”. En realidad, la *Comitas Gentium* se funda en la idea de la reciprocidad. F. RIGAUX, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1985, p. 115. En el mismo sentido H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1993, n. 226, p. 384.

¹² La Corte Suprema Norteamericana rechaza el reconocimiento de una sentencia francesa invocando precisamente el poder de revisar el fondo de las sentencias extranjeras. *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113.

¹³ Tratado de Derecho Procesal de Montevideo (1889): “Artículo 5^o.- *Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado...*”. En el mismo sentido: Código Bustamante, art. 423.

¹⁴ CÓDIGO CIVIL, “Art. 2102.- *Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la Republica la fuerza que les conceden los tratados respectivos.*”

Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos”.

¹⁵ M. GARCÍA CALDERÓN, *Derecho Internacional Privado*, UNMSM, Lima, 1969, p. 347.

tener fuerza alguna en el territorio peruano. Sin embargo, el tratamiento recíproco se presume¹⁶. No corresponde al solicitante del exequatur sino, a quien se opone al reconocimiento aportar la prueba de la ausencia de reciprocidad. La disposición facilita el reconocimiento, pues deja de lado la dificultad de probar que en el país de origen no se reconoce a las sentencias peruanas¹⁷.

12. Más allá, cabe remarcar el carácter fuertemente controvertido de la exigencia de reciprocidad. Esta aparece, más bien, como un criterio de naturaleza política, completamente desvinculado de la sentencia y de los derechos individuales allí consagrados. Diversos países la han eliminado de su sistema jurídico. Es el caso, por ejemplo, de España, Suiza o Francia. En Estados Unidos, sólo rige en unos pocos estados, entre ellos Georgie y Massachusetts. Contrariamente en Florida o Texas, el magistrado dispone de la facultad de evaluar su aplicación¹⁸.

13. Explica Battifol, sobre el particular, que es preferible que el derecho ignore el principio de reciprocidad pues “resulta lamentable que los derechos de las personas dependan de prescripciones que aparecen como medidas de represalia”¹⁹. De su lado Goldman²⁰ señala también que la idea de la reciprocidad, tratándose del exequatur, es algo “absurdo”, “extremadamente peligroso” y, subraya el autor, puede desembocar en “deplorables resultados”. En efecto, no condice con un sistema protector de derechos individuales.

14. Cuando un Estado se niega a reconocer los fallos que provienen de otros países en razón de la ausencia de reciprocidad, obvia tomar en consideración que las consecuencias prácticas de la falta de tratamiento recíproco afectan directamente a los particulares. Estos últimos se ven privados de los derechos subjetivos válidamente adquiridos en país extranjero. Es lo que se constata en una sentencia de la Corte Suprema que desestima el exequatur precisando que “al no existir tratado de Derecho Internacional Privado entre ambos países, se debió demostrar la reciprocidad en casos análogos, y probar la existencia de resoluciones emitidas por los tribunales de Florida-Estados Unidos, que tengan la misma fuerza jurídica y legal solicitada, en aquellos casos en los que el Estado peruano, haya emitido sentencia sobre derechos de familia”²¹.

15. Se advierte, en el caso citado, que la denegatoria del exequatur fundada exclusivamente en esta causal, contraria derechos fundamentales y debería ser considerada inconstitucional. En primer lugar, marca una situación discriminatoria respecto de aquellos que, habiendo obtenido ese mismo derecho en otro país, pueden hacerlo valer gracias a la existencia de un convenio internacional, beneficiándose así de mayor protección. En segundo lugar, la exigencia de la reciprocidad constituye un requisito exorbitante para el acceso a la jurisdicción pues está totalmente desligado de los intereses en causa. Más que un requisito para el reconocimiento aparece como una causal de denegación de acceso a la jurisdicción que transgrede el principio de tutela judicial efectiva.

16. En realidad, la eficacia de un derecho no se refiere únicamente a la capacidad de los justiciables de hacer valer sus derechos ante el juez de origen sino también a ejecutar la decisión en el estado requerido. En esa línea de pensamiento se pronuncia el Tribunal Constitucional peruano²² cuando señala

¹⁶ Código Procesal Civil, Artículo 838.- “Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad”.

¹⁷ En ese sentido: M. TOVAR GIL / J. TOVAR GIL, *Derecho internacional privado, Estudio de las relaciones económicas privadas internacionales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 234.

¹⁸ G. CUNIBERTI, *Le fondement de l'effet des jugements étrangers*, The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 2019, p. 173 y s.

¹⁹ H. BATTIFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tome II, LGDJ, Paris, 1971, n. 728, p. 443.

²⁰ B. GOLDMAN, *Réflexions sur la réciprocité en droit international*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965, p. 90.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Ap. 304-2004 Piura, 6 setiembre 2004, que rechaza el reconocimiento de una sentencia emitida el 7 febrero 2001 por el Circuito judicial del Condado de Semiole – Florida, Estados Unidos.

²² Según el Tribunal Constitucional, “la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente

que el principio de tutela jurisdiccional efectiva implica el “derecho a la ejecución de resoluciones judiciales”²³ y también la correlativa “obligación que este derecho genera en los poderes públicos”²⁴.

17. El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no se limita obviamente a aquellas sentencias emanadas de una jurisdicción interna sino engloba igualmente a aquellas que provienen de países extranjeros. Desde 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, precisa que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades se hagan plenamente efectivos. Puede entenderse así, como la obligación a cargo de los Estados de establecer los procedimientos que garanticen la ejecución de las sentencias. Ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota cuando el magistrado emite un dictamen fundado en derecho que resuelva el fondo de la pretensión, engloba también el derecho a la ejecución de lo decidido. Y aquello independientemente del origen nacional o extranjero del fallo. En este último caso, el reconocimiento debería subordinarse estrictamente al examen de las condiciones intrínsecas de la sentencia de cara a las exigencias del sistema jurídico del foro requerido²⁵.

2. Respeto de las competencias exclusivas

18. Una causa de denegación del reconocimiento prevista en la generalidad de sistemas jurídicos se refiere a la vulneración del respeto de las competencias exclusivas. En Perú, al igual que tratándose de derechos reales sobre predios, el sistema revestía de privilegio de jurisdicción a los asuntos relativos al estado, capacidad y relaciones familiares. Fundado en el criterio nacionalidad, el derogado artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles, excluía expresamente fuerza ejecutoria a las sentencias extranjeras en la materia.

19. Desde 1984, el artículo 2062 del actual Código Civil, invirtiendo el método conflictual, consagra un *forum legis* y subordina la competencia de los jueces nacionales al hecho de que la norma de conflicto designe la competencia del derecho sustantivo peruano al fondo del asunto²⁶. Implícitamente se deriva entonces que la competencia de los tribunales peruanos en la materia es de carácter facultativo, lo cual permite el reconocimiento de sentencias extranjeras relativas a acciones personales.

20. Así, cualquier juez extranjero siempre que su competencia se funde en un vínculo estrecho con el litigio, puede emitir una decisión susceptible de ser reconocida, no solamente sobre la ruptura del

mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”. STC 763-2005-PA/TC, 13 abril 2005.

²³ En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional precisa que el derecho al cumplimiento efectivo de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución peruana. STC 4119-2005-AA/TC, f. 64.

²⁴ Subraya el TC que “se trata de un derecho que se desprende no solo del derecho a la tutela judicial, sino que emana directamente de la cláusula del Estado democrático de derecho que recogen los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución”. STC 02598-2010-PA/TC f. 7. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02598-2010-AA.html>

²⁵ En el otro extremo, dentro del espacio europeo, el Reglamento Bruselas II *ter* relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental en vigor desde el 1 agosto 2022, que reemplaza el Reglamento 2201/2003, Bruselas II-*bis*, prevé la libre circulación de decisiones dentro de la Unión. Los divorcios pronunciados en un país miembro son automáticamente reconocidos en los demás, salvo en Dinamarca. Para lo cual, basta adjuntar la sentencia y la constancia de su carácter firme. El Reglamento se limita a establecer los motivos de denegación de reconocimiento. En ese mismo espíritu liberal, el Reglamento Bruselas II *ter* incorpora el reconocimiento de pleno derecho de los acuerdos extrajudiciales de separación legal y divorcio en los Estados miembros (art. 65). A partir de lo cual se advierte que se plasma un “espíritu de confianza sistemática entre los estados contratantes”. B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2018, n. 688, p. 571.

²⁶ Paralelamente, retiene como criterio alternativo de competencia el sometimiento expreso o tácito a la jurisdicción nacional. En este último supuesto será necesario demostrar que la causa tiene una efectiva vinculación con el territorio.

vínculo conyugal, sino también sobre los asuntos relativos a la patria potestad, tenencia, alimentos de los hijos, entre otros. Contrariamente, reiterada jurisprudencia nacional rechaza el reconocimiento del extremo en el cual la sentencia extranjera de divorcio se pronuncia sobre los bienes conyugales ubicados en el territorio nacional invocando una supuesta exclusividad de la competencia. Al respecto, conviene resaltar que la atribución de competencia exclusiva, conforme al artículo 2058 del Código Civil, se restringe a acciones o pretensiones auténticamente “reales” que recaen sobre predios. “No así cuando se planteen pretensiones de naturaleza personal”, como claramente anota la profesora Ariano²⁷. Entonces, cae por su propio peso, que la disolución de la sociedad de gananciales es de competencia facultativa de los tribunales peruanos y que el reconocimiento de sentencias extranjeras no debería ser desestimado²⁸.

III. Regularidad intrínseca de la sentencia extranjera

21. La concesión del reconocimiento exige igualmente la verificación de la regularidad intrínseca de la sentencia; es decir, que haya sido proferida por un tribunal internacionalmente competente (1) y que tenga el carácter de cosa juzgada (2).

1. Competencia internacional del tribunal extranjero

22. El control de la competencia del juez de origen, llamada por Martin “competencia internacional indirecta”, constituye un requisito esencial, al cual la generalidad de sistemas jurídicos subordina el reconocimiento. El Código Civil peruano, apartando cualquier duda relativa a las reglas a utilizarse para esta evaluación, consagra expresamente los criterios mediante los cuales se debe verificar la competencia del juez de origen; simultáneamente, con el ánimo de reforzarlos prevé en el art. 2104, inc. 2, dos niveles de verificación.

23. En primer lugar, la evaluación se realiza, no mediante la trasposición de las reglas peruanas de competencia judicial internacional, sino de acuerdo a las reglas de competencia del tribunal de origen. En efecto, el artículo art. 2104, inc. 2, establece que “*el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado*”. Esto significa, que el examen de la competencia del tribunal extranjero exige la verificación del cumplimiento de las reglas de competencia judicial internacional previstas en el país de donde procede el fallo cuyo reconocimiento se solicita. Obviamente, cada Estado regula unilateralmente las condiciones y los requisitos para atribuir o retirar competencia a sus tribunales. Así, el juez extranjero se reconoció competente para conocer el litigio en aplicación de su propio sistema de derecho internacional privado, sin considerar que la sentencia que emitiría posteriormente sería objeto de una demanda de reconocimiento en otro país.

24. Si bien, conforme al derecho nacional, el criterio que funda la competencia del órgano jurisdiccional emisor puede basarse en conexiones distintas a las establecidas en la ley peruana; esas reglas deben condecir con los principios generales de competencia procesal internacional. Ciertamente, la ley peruana ordena, en segundo lugar, admitir el exequatur si los criterios de atribución de competencia consagrados en la ley extranjera satisfacen estándares universales. El mismo Código Civil, art. 2104 inc. 2, decreta que la verificación de la conformidad de la elección del foro de origen se evalúe en aplicación de los “*principios generales de competencia procesal internacional*”. De donde se desprende que el reconocimiento no será concedido si la norma de competencia judicial del tribunal de origen, se funda en un criterio de naturaleza exorbitante o desproporcionado.

²⁷ E. ARIANO DEHO, *In Limine Litis, Estudios críticos de Derecho Procesal Civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 206.

²⁸ En el mismo sentido, C. J. CABELLO, *Exequatur de divorcio en Perú e Iberoamérica, op. cit.*, p. 149.

25. La remisión a conexiones equivalentes o similares a las imperantes en el ámbito internacional evoca la idea de la necesaria existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y el Estado de origen. Así, el exequatur debería denegarse si el divorcio es emitido en una jurisdicción cuya competencia se fundó en un criterio diferente al principio “*actor sequitur fórum rei*” y que, en adición, no presente punto de contacto alguno con la causa. Naturalmente el objetivo consiste en evitar el *fórum shopping*; es decir, garantizar que la elección del foro no haya sido fraudulenta. Sin embargo, conviene relevar paralelamente la imprecisión que rodea la expresión “*principios generales de competencia procesal internacional*”. En defecto de *numerus clausus* que identifique esos principios, se descubre cierta inseguridad jurídica.

26. Si bien podemos decir que el juez del domicilio, juez natural del demandado, constituye un criterio de competencia universalmente admitido; el problema radica en que no existe una sola definición de domicilio, menos aún de domicilio conyugal. En algunos sistemas el domicilio conyugal se identifica, simplemente, con el domicilio del marido. Contrariamente en otros países, fundados en el principio de igualdad de los conyuges como en el sistema peruano, se establece que la facultad fijar y mudar el domicilio conyugal corresponde a ambos cónyuges²⁹.

27. Con todo, creemos que en lugar de referirse a los “*principios generales de competencia procesal internacional*”, sería más apropiado, para descartar una elección arbitraria del foro o la incertidumbre que rodea el término, especificar que la competencia del juez extranjero se funde en un vínculo estrecho u objetivo con la relación jurídica. Una pluralidad de elementos puede demostrar conexión suficiente entre el litigio y el tribunal de origen.

28. El reciente Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial de julio de 2019³⁰, cuyo ámbito de aplicación no comprende los asuntos relativos a la familia o divorcio, establece criterios que podrían ser tomados en consideración. Prevé, por ejemplo, como presupuestos del reconocimiento (art. 5), que la persona contra la cual se solicita el reconocimiento tenga su residencia habitual en el Estado de origen o sea quien presentó la demanda que dio lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se solicita. Incluye igualmente la hipótesis que el demandado haya aceptado expresamente la competencia del tribunal de origen o haya presentado argumentos relativos al fondo durante el transcurso del procedimiento en el que se dictó la sentencia, entre otros.

29. La necesidad de un “*vínculo suficiente*”³¹ es igualmente invocado por la jurisprudencia francesa, en el caso del reconocimiento de sentencias de divorcio. Una célebre sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 10 de noviembre de 1971 precisó que el control de la competencia del juez extranjero puede realizarse invocando criterios liberales, siendo suficiente para que el tribunal extranjero sea reconocido competente que el litigio se vincule de manera suficiente al país a cuyos tribunales se recurre; es decir, que la elección de la jurisdicción no sea arbitraria, ni artificial ni fraudulenta. Igualmente, la Corte de Casación exige un “*vínculo característico*”³² entre el litigio y el país a cuyos tribunales se recurre. Sin embargo, surgen interrogantes alrededor de su apreciación. Así, se preguntan algunos autores si el vínculo característico debe apreciarse en función de la naturaleza del litigio o si el criterio se limita a exigir una proximidad, al margen de la materia litigiosa. Más allá, también en materia de divorcio, rige en Francia un conjunto de reglas jerarquizadas para establecer la competencia judicial³³. A

²⁹ Código Civil, “Artículo 290. Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar”.

³⁰ <https://assets.hcch.net/docs/3754b8c5-626a-4e59-87b2-c7de687ee42f.pdf>

³¹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tomo I, Thémis, Puf, París, 2021, n. 266, p.333.

³² « Attendu que toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. » *Cas. civ.* 6 février 1985, Simitch R., 1985, p. 369, *chron.*, P. FRANCESCAKIS. *Vid* en ese sentido: París, 10 nov. 1971, *Rev. trim. dr. com.*, 1972, 239, Y. LOUSSOUARN.

³³ Art. 5, decreto del 5 diciembre 1975, cuyas disposiciones han sido retomadas sin modificación en 1981 en el art. 1070 del “Code de procédure civile”.

saber, primero el tribunal donde se encuentra la residencia de la familia; en defecto de residencia común, el tribunal del lugar donde reside el esposo con quien viven los hijos menores; en los demás casos, el tribunal del domicilio del demandado.

30. Con todo fluye la dificultad de establecer *numerus clausus* todos los criterios que demuestren vinculación suficiente. Si bien diversas circunstancias pueden revelar la proximidad al foro de origen o el defecto de vinculación, creemos que se trata de una materia que exige una apreciación *in concreto*, caso por caso. Sobre el particular, el Tribunal Supremo español considera que acreditan una “vinculación suficiente” criterios como el domicilio de ambas partes en el extranjero, la nacionalidad extranjera de una de las partes asimismo el lugar de celebración del matrimonio en el extranjero³⁴, entre otros.

31. En efecto, el sistema común español, exige en el art 46.1 c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil³⁵ (LCJIMC) que la competencia del tribunal de origen obedezca a una “conexión razonable”. Agrega al respecto que se “presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española”.

32. De donde se desprende que, si bien el régimen español somete el control de la competencia judicial internacional del juez de origen a una regla de alcance general, basada en el sistema de contactos razonables con el litigio³⁶, matiza la exigencia consagrando una presunción de vinculación razonable. Es decir, basta la concurrencia de criterios no iguales a los previstos en la legislación española sino únicamente similares a los mismos. Como lo advierte autorizada doctrina estamos frente un “enfoque flexible” que se adapta correctamente a la diversidad de legislaciones en el mundo³⁷.

2. Autoridad de cosa juzgada

33. El carácter de cosa juzgada de las sentencias es una garantía fundamental de la administración de justicia. Según Ulpiano, “*res iudicata pro veritate habetur*”. El aforismo consagra el principio de cosa juzgada material según el cual se presume que “la cosa juzgada se tiene por verdad”. En consonancia, el fallo extranjero debe ser una resolución que pongan fin a la instancia en el país emisor. Es decir, que no puede ser recurrido mediante recurso impugnatorio alguno. Como lo advierte la Corte Suprema peruana, es una decisión “inmutable, vinculante y definitiva”³⁸, siempre por supuesto, de acuerdo a la norma procesal extranjera.

34. El reconocimiento exige, por lo tanto, que se compruebe que el dictamen es firme y que puede ser ejecutado en el país donde tuvo lugar el proceso³⁹. En efecto, si el reconocimiento tiene por finalidad revestir de fuerza ejecutoria la sentencia extranjera, esa cualidad debe de preexistir en el país de origen.

35. Es obvio, sin embargo, las dificultades para controlar el respeto de las reglas procesales de otros países. Mas aún si se advierte que no en todos los sistemas jurídicos la interposición de recursos

³⁴ Vid. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALES, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Comares, Granada, 2018, n. 143, p. 450.

³⁵ En vigor desde el 20 agosto 2015.

³⁶ La presunción de razonabilidad se da mediante la “técnica de bilateralización o de espejo”. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo, 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 234-259, n. 102, p. 254.

³⁷ A. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALES, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., n. 143, p. 450.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Cas. 4511-2013 Arequipa, 20 marzo 2014.

³⁹ En este caso, tratándose de sentencias que disuelven el vínculo conyugal, cabe observar que el exequatur permitirá la anotación del divorcio en los registros de estado civil. Siendo que la sentencia de divorcio tiene carácter constitutivo, los efectos del reconocimiento se retrotraen al momento en que la sentencia foránea adquirió calidad de cosa juzgada en el país de origen. A partir de ese momento se determina los efectos de las situaciones nacidas con posterioridad al pronunciamiento del divorcio, pero anteriores a la instancia del reconocimiento.

impugnatorios se sujeta a un sistema rígido de plazos como es el caso de Inglaterra y otros países del *Common Law*⁴⁰. En la práctica, corresponde al demandante acreditar que el procedimiento judicial extranjero ha concluido mediante sentencia firme. En ese sentido se pronuncia la Corte Suprema⁴¹ respecto a una solicitud de reconocimiento de disolución del vínculo matrimonial emitida en Estados Unidos⁴². En este caso, los magistrados peruanos deniegan el reconocimiento debido al hecho de que el demandante no había aportado la prueba que acredite la calidad de cosa juzgada de la resolución. La Corte Suprema justifica la denegatoria precisando que el actor, no acompañaba documento o medio probatorio alguno, que constate que, para la justicia norteamericana, esa sentencia había adquirido “la calidad de cosa juzgada mediante resolución o certificación de no haber sido apelada”.

IV. Conformidad al orden público

36. Con la finalidad de proteger los intereses en litigio y también garantizar el respeto del orden público internacional, el ingreso de una decisión extranjera al sistema jurídico peruano se subordina a un control en dos ámbitos. Primero respecto al procedimiento seguido en el foro de origen (1) y enseguida con base a su compatibilidad al orden jurídico peruano (2).

1. El respeto del orden público procesal

37. El reconocimiento de una decisión foránea supone la evaluación de la regularidad del procedimiento seguido en la jurisdicción de origen. Como señala Batiffol, se exige, en nombre del orden público, que “ciertos principios de lealtad y de justicia sean respetados”⁴³. En esta línea, el Código Civil, artículo 2104, inc. 3, establece que para que las sentencias extranjeras sean reconocidas, es necesario “*que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse*”. Se trata, por lo tanto, de controlar el cumplimiento de las formalidades relativas al emplazamiento, plazos y debido proceso en general, del cual forman parte las garantías procesales para defenderse⁴⁴. La prueba de su inobservancia implica de plano la denegatoria del reconocimiento⁴⁵. Así, al pronunciarse sobre la observancia de este requisito, el juez del exequatur emite un juicio de valor respecto al desarrollo del proceso en el foro extranjero.

A) La notificación

38. El primer peldaño del examen de la regularidad intrínseca de la sentencia extranjera en fase de reconocimiento, es la observancia de la debida notificación sobre el litigio seguido en el tribunal de origen. La importancia de este acto procesal es remarcada por la profesora Ariano quien cita la Curia Philipica de Juan de Hevia Bolaño (1603) donde se señala que la notificación no puede ser omitida pues se trata de un “derecho divino y natural”⁴⁶.

⁴⁰ F. GASCÓN INCHAUSTEGUI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, N° 2, n. 14, p 164.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Ap. 2076-2018 Ventanilla, 25 octubre 2018.

⁴² Corte de Circuito del Décimo Quinto Circuito Judicial del Condado de Palm Beach, Florida, Sala de Familia “FH” Estados Unidos de Norteamérica, 27 octubre 2015.

⁴³ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, n. 725, p. 435.

⁴⁴ Identificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “el derecho de defensa procesal”. Caso Genie Lacayo. Sentencia 29 enero 1997, párr. 74.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Ap. 3188-2010 Lima, 22 diciembre 2010, que reconoce la sentencia de divorcio emitida el 21 junio 1984 por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Estados Unidos.

⁴⁶ Eugenia ARIANO DEHO, *In Limine Litis, Estudios críticos de Derecho Procesal Civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 675.

39. El artículo 2104, inc. 3, del Código Civil, concuerda con disposiciones convencionales ratificadas por Perú; es decir, el Tratado de Montevideo (1889)⁴⁷ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979). Esta última contiene una referencia expresa a la observancia del derecho de defensa⁴⁸. Dentro del espacio europeo, la regularidad de la notificación es también el criterio que permite determinar la existencia de la indefensión manifiesta que impide de plano el reconocimiento. Así lo establece el artículo 38 del Reglamento Bruselas II-ter⁴⁹ y también la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC)⁵⁰.

40. El emplazamiento encuentra su fundamento en el derecho del demandado a ser informado de la pretensión deducida en su contra y también por supuesto de todas las actuaciones desarrolladas en el juicio. La finalidad es que pueda apersonarse al proceso, contradecir y ejercer su defensa. En ese sentido, corresponde al magistrado asegurarse que el accionado ha tenido conocimiento sobre el inicio y el trámite del proceso respectivo. Según, la más alta judicatura nacional, el emplazamiento “permite el cumplimiento de las garantías procesales para defenderse (derecho de defensa y tutela jurisdiccional efectiva) entendidos como derechos fundamentales y requisitos indispensables para el reconocimiento judicial de sentencias expedidas en el extranjero”⁵¹.

41. De conformidad al principio de seguridad jurídica, la notificación debe cumplirse -según al art. 2014, inc. 3 del Código Civil- dentro de la estricta observancia de las formalidades y requisitos establecidos en la ley del lugar donde se desarrolló el proceso, sin tomar en consideración las prescripciones establecidas en la ley peruana. Naturalmente, la responsabilidad de controlar la validez de la notificación recae en el magistrado. La Corte Suprema precisa que “el juzgador peruano debe revisar las normas internas de la legislación del país de donde proviene la sentencia a efectos de verificar que se haya cumplido con la notificación al demandado dándosele un plazo razonable para contestar, dentro de las garantías del debido proceso (*due process*), respetando los principios de bilateralidad y contradicción”⁵².

42. Siendo así, se constata que la inobservancia de un debido emplazamiento constituye una causa recurrente y el supuesto más común de denegatoria de reconocimiento de sentencias de divorcio. Especialmente, cuando no existe prueba o indicio suficiente de la notificación⁵³. Igualmente, si a pesar de haberse notificado mediante edictos o exhortos, no se acredita que el accionado haya tomado conocimiento efectivo del proceso de divorcio⁵⁴. En esta última hipótesis, frente a la incertidumbre que rodea el emplazamiento mediante edictos, se sostiene que la sentencia extranjera no debería “dar mérito a su homologación”⁵⁵.

⁴⁷ El Tratado de Montevideo (1889) ratificado por Perú, establece expresamente como requisito del reconocimiento “Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio”. (Art. 5).

⁴⁸ El art. 2. precisa que la eficacia extraterritorial de las sentencias queda subordinada a *que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto*; (Inc. e). Y agrega, “*Que se haya asegurado la defensa de las partes*” (Inc. f).

⁴⁹ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, aplicable a partir del 1 agosto 2022, que constituye una versión refundida del Reglamento 2201/2003, Bruselas II-bis.

⁵⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Ap. 1140-2016 Loreto, 15 setiembre 2016, que desestima el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida el 6 febrero 2003 por la Corte de Circuito del Condado de Cook, Illinois, Estados Unidos.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Ap. 3133-2015 Lima, 16 junio 2016, que declara improcedente el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida el 21 octubre 1997 por el Tribunal Superior de New Jersey, Estados Unidos.

⁵³ En ese sentido la Corte Suprema declara improcedente la sentencia de divorcio expedida el 21 octubre 1997 por el Tribunal Superior de New Jersey, Estados Unidos. Ap. 3133-2015 Lima, 16 junio 2016.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Ap. 1984-2015 Lima, 9 junio 2016, deniega el reconocimiento de la Sentencia de divorcio emitida el 26 julio 2004, por la Corte de Circuito del Condado de Montgomery, Maryland, Estados Unidos.

⁵⁵ C. J. CABELLO, *Exequatur de divorcio en el Perú e Iberoamérica*, op. cit., p. 286.

43. Igual solución se impone, y con mayor razón, cuando el litigio se sustancia en rebeldía del demandado⁵⁶. En efecto, a pesar de que en Perú la rebeldía no es causa de denegación de reconocimiento⁵⁷, en la hipótesis de que el accionado haya tenido la condición técnica de rebelde⁵⁸, reiterada, pero no uniforme⁵⁹, jurisprudencia desestima el reconocimiento en defecto de prueba objetiva sobre la validez del emplazamiento⁶⁰. Queda que una supuesta “rebeldía voluntaria” del demandado podría si justificarse en la hipótesis de incompetencia judicial internacional manifiesta del juez que profiere la decisión sujeta a reconocimiento⁶¹.

44. Más allá, la misma denegatoria cae por su propio peso cuando el juez del exequatur constata una intención fraudulenta y/o maniobras específicamente organizadas en vista de impedir que el accionado tome conocimiento de la demanda tramitada en el foro de origen⁶². Es la hipótesis en la cual la actora no cumple con señalar el verdadero domicilio del demandado a pesar de conocerlo. Asimismo, si el demandante tiene conocimiento que la accionada ya no domicilia en el último domicilio conyugal y, sin embargo, no lo advierte durante el proceso. El defecto de notificación demuestra y explica, en estas hipótesis, que el demandado no ha podido comparecer ni oponerse. Lo cual prueba la vulneración de “aspectos formales fundamentales vinculados al debido proceso y al derecho de defensa”⁶³.

45. Por otro lado, si bien hay casos en los cuales, pese a haber sido regularmente notificado, el demandado no comparece voluntariamente; la infracción al derecho de defensa es manifiesta en caso de imposibilidad real de contradecir la demanda. Es la hipótesis en la cual el accionado sostiene haber ignorado el proceso de divorcio seguido en el foro extranjero y acredita mediante la presentación del certificado de movimiento migratorio, que siempre domicilió en territorio nacional, que nunca abandonó el país⁶⁴ y que en adición la sentencia extranjera disolvió el vínculo matrimonial por causal de abandono conyugal⁶⁵. Igualmente, cuando a pesar del emplazamiento, no se traslada el texto de la demanda de divorcio impidiéndose así el ejercicio del derecho de defensa⁶⁶. En estos dos últimos casos, el reconocimiento queda de plano descartado pues el fallo extranjero ha considerado las alegaciones solamente de una de las partes, infringiendo así las garantías procesales para defenderse.

⁵⁶ El presupuesto de la rebeldía del demandado, impide el reconocimiento tanto en el Convenio de Bruselas como en el sistema español. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La rebeldía del demandado en el control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la ley de cooperación jurídica internacional: una visión comparada con el sistema Bruselas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre 2016, n° 32, p. 3.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Ap. 1140-2016 Loreto, 15 setiembre 2016, rechaza el reconocimiento de la Sentencia emitida el 6 febrero 2006 por la Corte de Circuito del Condado de Cook - Illinois, Estados Unidos.

⁵⁸ Luego de constatar que no existía prueba alguna que demuestre que el accionado haya tenido conocimiento del proceso de divorcio en el exterior, la Corte Suprema en sentencia del 3 de mayo 2018, resolvió que no tiene fuerza ni validez legal en el Perú la sentencia expedida el 6 noviembre 2007 por el Juzgado de Primera Instancia del Undécimo Distrito Judicial en el Condado de Miami

⁵⁹ Corte Suprema, Ap. 3394-2013 Lima, 19 marzo 2014, que declara improcedente el reconocimiento de la sentencia de divorcio emitida el 19 agosto 2009 por el Décimo Quinto Circuito Judicial, Condado de Palm Beach, Florida, Estados Unidos.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, CONSULTA 3430-2015 Lima, que ordena se reconozca la sentencia emitida el 6 noviembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia del Undécimo Distrito Judicial en el Condado de Miami-Dade, Florida, Estados Unidos.

⁶¹ En ese sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Privado*, Civitas, 2018, n. 211, p. 274

⁶² Corte Suprema de Justicia, Ap. 1416-2017 Lima, 2 setiembre 2017, declara improcedente el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida en Estados Unidos por el Décimo Séptimo Circuito Judicial de Broward - Florida.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Ap. 276-2004 Lima, 3 setiembre 2004 que declara improcedente el reconocimiento de sentencia de divorcio emitida en Alemania.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Ap. 2238-2014 Arequipa, que rechaza el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida el 4 junio 2011 por el juzgado de Primera Instancia del Estado de Pensilvania, Estados Unidos.

⁶⁵ En una resolución de fecha 11 diciembre 2003, la Corte Suprema desestima el reconocimiento de la sentencia de divorcio por abandono conyugal emitida el 31 de marzo 2003 en Queens - New-York, pues constata que la demandada fue notificada en Nueva York cuando su certificado migratorio acredita que nunca abandonó el país. Corte Suprema de Justicia, Ap. 329-2004 Lima.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Ap. 1771-2018 Cusco, 28 octubre 2018, en la cual se desestima el reconocimiento de la sentencia de divorcio emitida el 23 oct 2013, Nueva Jersey, Estados Unidos.

46. Desde otro ángulo, la ausencia de notificación o la notificación defectuosa, no necesariamente obstaculiza el reconocimiento. En efecto, el requisito del emplazamiento podría considerarse subsanado o “cumplido”⁶⁷ cuando a pesar de no haber sido citado regularmente, el demandado se apersona al proceso e invoca argumentos relativos al fondo.

47. Igual razonamiento se desprende en la hipótesis opuesta; es decir, cuando, en sede de reconocimiento, el demandado no niega haber sido notificado, no ejerce su derecho de contradicción ni de defensa, y tampoco cuestiona la competencia del juez extranjero. Así lo hace notar la Corte Suprema en sentencia de fecha 16 de marzo del 2007⁶⁸ donde confirma el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida en Los Angeles⁶⁹. En el mismo sentido, los magistrados estiman que “no resulta atendible la presunta indefensión alegada por la recurrente”⁷⁰, pues la sentencia de divorcio emitida en Ontario⁷¹ acredita que fue debidamente notificada, y que tomó conocimiento oportuno de la misma, a pesar de lo cual no ejerció ningún medio de defensa. Se releva además que inmediatamente después de la sentencia, el accionado había contraído un nuevo matrimonio en Florida, descubriendo así su “asentimiento a los efectos del divorcio”.

B) El plazo

48. Más allá, el reconocimiento será igualmente rechazado si, a pesar de haberse entregado la notificación, el demandado no benefició de un plazo razonable para comparecer y defenderse. Siendo que nos encontramos frente a asuntos que tienen puntos de contacto con diferentes países, y que posiblemente las partes no domicilian en un mismo país, la ley exige que el demandado haya beneficiado de un tiempo suficiente para comparecer y preparar su defensa⁷².

49. Conviene observar también que la apreciación de la razonabilidad del plazo no depende de lo establecido en el derecho extranjero. Tampoco de aquello que está prescrito en la norma procesal peruana⁷³. Como escribe la doctora Revoredo, la determinación del plazo debe tomar en consideración “las circunstancias objetivas particulares de la distancia y de los medios de comunicación”⁷⁴. En ese sentido, el juez ante quien se invoca el reconocimiento, dispone de una facultad amplia para evaluar, en atención a la complejidad de las circunstancias y a la especificidad propia de cada caso en particular⁷⁵, si el plazo concedido fue suficiente. En la hipótesis negativa el reconocimiento debería ser simplemente denegado.

50. Por otra parte, la expresión garantías procesales para defenderse, prevista como requisito para la procedencia del reconocimiento, tiene un sentido amplísimo. La ley alude aquí al respeto de los derechos fundamentales de todo justiciable y particularmente al derecho a no sufrir indefensión. Además del emplazamiento y la comparecencia dentro de un plazo razonable, estas garantías compren-

⁶⁷ D. REVOREDO DE DEBAKEY, *Exposición de motivos y comentarios Código Civil*, Proyectos en anteproyectos de la reforma del Código Civil, Tomo I, Fondo editorial PUCP, Lima, 1980, p.1028.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Ap. 1298-2006 Callao.

⁶⁹ Resolución 1^o febrero 1999, Corte Superior de California, Condado de Los Ángeles, Estados Unidos.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Cas 1355-2017, 12 octubre 2016.

⁷¹ Sentencia de divorcio emitida el 14 de junio de 1993 por la Corte de Ontario, Toronto.

⁷² En tanto garantía del debido proceso, el beneficio de un plazo razonable ha sido objeto de atención en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3, literal c) y también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inciso 1).

⁷³ Para el TC el plazo será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses”. Exp. N° 01006-2016-PHC/TC, f. 9. *Ver* también: Exp. N° 00464-2021-PHC/TC.

⁷⁴ *Exposición de motivos y comentarios Código Civil*, Proyectos en anteproyectos de la reforma del Código Civil, *op. cit.*, p.1028.

⁷⁵ Para Tovar Gil, las expresiones utilizadas por la ley son “expresiones generales”. Adiciona que “la determinación de si se cumple con estos requisitos queda a la discreción del juez en el caso concreto”, *Derecho internacional privado, Estudio de las relaciones económicas privadas internacionales*, *op. cit.*, p. 236.

den, naturalmente, que el justiciable haya podido formular alegaciones y presentar medios probatorios. Adicionalmente, que haya beneficiado de la facultad de contradecir y que sus afirmaciones y pruebas hayan sido valorarlas en la sentencia. Implica también que se le haya garantizado el derecho a la defensa técnica; y también, el derecho de recurrir el fallo.

51. Las garantías procesales para defenderse engloban asimismo la garantía de la imparcialidad del juzgador, la motivación de la resolución⁷⁶ y la no arbitrariedad, entre otras. En suma, el ingreso de una sentencia extranjera en el orden jurídico peruano, exige una compatibilidad entre las garantías previstas en el foro de origen y las establecidas en el derecho peruano. Específicamente con las garantías procesales consagrados en el art. 139 de la Carta Magna y entre ellas la tutela judicial efectiva.

52. Al respecto una resolución de la Corte Suprema de fecha 26 de marzo de 2016⁷⁷, desestima la demanda de reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida en España⁷⁸, pues si bien la accionada fue emplazada en su domicilio y se le concedió un plazo de 20 días para contestar la demanda, “no se posibilitó su defensa efectiva” pues su certificado migratorio acredita, que en esa fecha se encontraba en Perú. La Corte colige entonces que no se le otorgó las garantías suficientes para defenderse, más aún si el accionante señaló en el acta de conciliación que la demandada domiciliaba en Lima.

2. El respeto del orden público relativo al fondo

53. Un procedimiento judicial irreprochable en el foro de origen no garantiza, como lo dicen Loussouarn y Bourel, que la sentencia que se derive concuerde, por su sustancia, con los valores fundamentales del foro en el cual el exequatur es solicitado⁷⁹. En ese sentido, la ley peruana subordina el reconocimiento a la conformidad de la decisión extranjera con el orden público internacional peruano y las buenas costumbres (Código Civil, art. 2104, inciso 7). El examen debe realizarse en función de los valores fundamentales existentes en el momento del reconocimiento y no, por supuesto, respecto de aquellos que existían en el momento en que la sentencia extranjera fue dictada⁸⁰. Naturalmente, la responsabilidad del control recae en el magistrado aun cuando no haya sido objeto de contradicción alguna.

54. Conviene tener presente de entrada que la evaluación de la conformidad al orden público y a las buenas costumbres no implica un nuevo examen de los hechos. Tampoco naturalmente, la reevaluación de lo decidido ni el examen de la pertinencia de los fundamentos que motivaron la resolución extranjera. En sede de reconocimiento, el sistema peruano descarta implícitamente el examen del fondo del asunto⁸¹. Así, la doctrina subraya que «el juez peruano no puede evaluar si los hechos invocados fueron probados ni si la norma en su opinión se interpretó correctamente, ni siquiera si se aplicó la norma correcta, ni si el fallo es a su juicio justo. No se puede constituir al evaluar el exequatur en una instancia más en el procedimiento ya concluido ante el tribunal extranjero»⁸².

55. Se observa, por otro lado, que la disposición (art. 2104, inciso 7) no alude al denominado orden público interno sino, propiamente, al concepto de orden público internacional⁸³. Pero, dado la impre-

⁷⁶ No es sólo una exigencia formal, representa una garantía que el juez ha aplicado correctamente la ley. Sin embargo, si bien una motivación insuficiente puede ser considerada como contraria al orden público, no se advierte resoluciones que se opongan al exequatur invocando un defecto a ese nivel.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Ap. 932-2015 Lima.

⁷⁸ Juzgado de Primera Instancia número tres de Nules - España, 29 junio 2012.

⁷⁹ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., n. 888, p. 890.

⁸⁰ *Ibid.*, n. 889, p. 891.

⁸¹ El art. 2103 del Código Civil dispone que no tienen fuerza en el territorio peruano “las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos”

⁸² M. TOVAR GIL / J. TOVAR GIL, *Derecho Internacional Privado, Estudio de las relaciones económicas privadas internacionales*, op. cit., p. 239.

⁸³ G. GARCÍA CALDERÓN, *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 771.

cisión que rodea esta noción, la doctrina plantea que su aplicación debe ser “estricta y limitada”⁸⁴. Creemos que la evaluación debe efectuarse siempre *in concreto*. Es decir, mediante el análisis caso por caso.

56. El orden público internacional cumple la función de bloquear la decisión foránea incompatible con los valores, principios y derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución. En esta hipótesis, la doctrina española se refiere a una lesión al orden público material⁸⁵.

57. Al respecto, podemos constatar que esos valores se encuentran consagrados en los Tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte⁸⁶. Como lo precisan Batiffol y Lagarde⁸⁷, “el orden jurídico de referencia es a veces internacional o transnacional”. Los autores señalan que la Declaración Universal de Derechos Humanos cambió la evaluación del orden público, a partir únicamente del derecho del foro. Se trataba, precisan Batiffol y Lagarde, de un cambio imperfecto pues la Declaración no tenía el valor de un tratado internacional. Actualmente, existen numerosos tratados internacionales que vinculan formalmente los Estados y que contienen normas que consagran valores que integran el orden público. Así, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

58. Estos instrumentos internacionales, que a partir de su ratificación integran el orden jurídico nacional, impiden el reconocimiento de una sentencia extranjera que contrarie los valores en ellos consagrados. Específicamente, nos referimos a aquellos que garantizan la regularidad tanto del fondo como del procedimiento⁸⁸.

59. En lo que concierne a la regularidad del procedimiento, es posible afirmar que no condice con el orden público internacional peruano, la decisión extranjera emitida en un proceso irrespetuoso de las garantías procesales del debido proceso consagradas en el art. 139 de la Constitución. Concretamente, el fallo dictado en manifiesta infracción del derecho de defensa que puede configurarse cuando el demandante recurre a maniobras dolosas dirigidas a evitar que la citación llegue al demandado.

60. Asimismo, a pesar de que el artículo 2104 del Código Civil no subordina el reconocimiento a la ausencia de fraude, es obvio que quebranta el orden público internacional el hecho de obtener, en un país extranjero, un divorcio u otro derecho, en fraude a la ley peruana. Es por ejemplo la hipótesis en la cual se manipula arbitrariamente el factor de conexión recurriendo a un tribunal extranjero con la finalidad de obtener la aplicación de una ley diferente a la que hubiera aplicado el juez peruano (*forum shopping*) y así beneficiar de un fallo más laxista.

61. Respecto al fondo, y particularmente en el caso de demandas de reconocimiento de divorcios extranjeros, el magistrado debe verificar que la causal de la disolución del vínculo matrimonial no sea incompatible con los derechos fundamentales. Como señalan los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo “el límite del orden público atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un momento histórico determinado”⁸⁹. Así, es opuesto al orden público inter-

⁸⁴ D. REVOREDO DE DEBAKEY, *Exposición de motivos y comentarios Código Civil, Proyectos en anteproyectos de la reforma del Código Civil*, op. cit., p. 905.

⁸⁵ F. GASCÓN INCHAUSTEGUI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, op. cit., p. 179, n. 75.

⁸⁶ Los profesores Delgado citan entre las categorías de normas comprendidas en el orden público internacional, las normas de *ius cogens* como los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aquellas consideradas como esenciales por cada cultura como la monogamia y aquellas consideradas vitales por cada país para preservar una determinada política legislativa, como la limitación de las causales de divorcio. C. DELGADO BARRETO / M. DELGADO MENENDEZ, *Derecho Internacional Privado*, Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 71, p. 100, p. 177.

⁸⁷ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tomo I, op. cit., n. 365, p. 586.

⁸⁸ Vid. O. CACHARD, *Droit International Privé*, Larcier, 2016, n. 747, p. 383.

⁸⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., n. 202, p. 263.

nacional peruano, la resolución extranjera que se sustenta en algún tipo de discriminación de carácter religioso, étnico, político o de género.

62. En efecto, infringe el principio de igualdad entre esposos, la sentencia de divorcio pronunciada por causal de repudiación⁹⁰ en tanto únicamente el marido dispone del poder unilateral de invocarlo, sin que la esposa pueda oponerse. Vulnera el orden público igualmente, el reconocimiento de una sentencia extranjera que concede un “divorcio revocable”. Precisan los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa Gonzales que “este divorcio revocable es propio del Derecho islámico. En virtud del mismo, el marido puede, mediante una simple y privada declaración de voluntad “deshacer el divorcio” antes declarado por la autoridad pública y regresar al estado civil de “casados”⁹¹. Para el Tribunal Supremo español este “acuerdo revocable de divorcio”, “repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y por ende la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer”⁹². Este último Tribunal entiende que el orden público internacional está constituido por “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenidos internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los principios y valores que estos encarnan”⁹³.

63. No obstante, el hecho de que la sentencia foránea sea simplemente diferente no justifica el rechazo del reconocimiento. Tampoco naturalmente si el fallo extranjero se funda en una causal de divorcio diferente a las establecidas en la ley peruana⁹⁴. Ciertamente, el art. 2104 no impone como condición de procedencia del exequatur la identidad entre la causal de disolución del vínculo conyugal aplicada en el foro de origen y las establecidas en el derecho interno peruano. Así lo ha precisado igualmente el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia en 1999 señalando expresamente que “la homologación de una sentencia extranjera que declara el divorcio por una causal no prevista en la ley nacional, no afecta al orden público”⁹⁵.

64. En realidad, no se trata de buscar una identidad de soluciones entre sentencia extranjera y sentencia nacional pues eso desembocaría en el rechazo arbitrario del reconocimiento. Sobre el tema afirma Clavel, que sólo se puede denegar el exequátur si lo resuelto por la instancia extranjera, es “verdaderamente inadmisibile desde el punto de vista del foro”⁹⁶. La palabra “inadmisibile” significa, por ejemplo, la vulneración de derechos fundamentales. Creemos que la observancia del orden público internacional peruano se concreta cuando se garantiza soluciones sustancialmente similares. Es lo que se puede entender de lo precisado por la Corte Suprema en una resolución de fecha 16 de setiembre de 2016⁹⁷, donde afirma que las causales de divorcio por las cuales el tribunal de Japón⁹⁸ disolvió el vínculo conyugal “son asimilables” a las establecidas en el artículo 333 del Código Civil peruano. La Corte Suprema concluye señalando que no se advierte “que la sentencia cuyo reconocimiento se ha formulado en la demanda sea contraria al orden público”⁹⁹.

⁹⁰ El divorcio por repudiación está previsto, por ejemplo, en Argelia, Código de familia (art. 48 et 49).

⁹¹ *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, *op. cit.*, n. 127, p. 438.

⁹² ATS 24 setiembre 1996. *Vid.* A. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALES, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2022, n. 263, p. 118.

⁹³ ATS 835/2013. C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO / J. IGLESIAS, *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 333.

⁹⁴ Código Civil, art. 333.

⁹⁵ Acuerdos de la Sesión Plenaria, Acuerdo N° 01, Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_cij_plenos_jurisdiccionales_1997_2006/as_cij_plenos_jurisdiccionales_1997_2006_05/cij_d_familia_1999_lima.

⁹⁶ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2021, n. 420, p. 292.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Ap. 224-2016 Lima.

⁹⁸ Sentencia emitida por la Corte Familiar de Okayama -Japón, 27 de junio 2013.

⁹⁹ En este proceso, la recurrente se oponía al reconocimiento invocando una supuesta vulneración al orden público internacional peruano pues la causal de divorcio “dificultad de continuar la relación matrimonial” era “desconocida en el ordenamiento nacional”.

65. Lamentablemente, lo decidido por el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999 antes citado, es a veces simplemente ignorado por los propios supremos magistrados. Igualmente, la aplicación del principio y su interpretación dista mucho, en algunos casos, de condecir lo dispuesto en la ley. Es el caso de la resolución de fecha 22 de setiembre 2016¹⁰⁰ donde la más alta judicatura desestima el reconocimiento de una sentencia de divorcio emitida en Nueva York¹⁰¹. Para la Corte no se habría cumplido “los requisitos formales del exequatur” ya que, al no haberse acreditado que el último domicilio conyugal haya sido en Nueva York, el reconocimiento resulta “improcedente, en razón a que el derecho al divorcio se rige por la Ley del domicilio conyugal, esto es, por la Ley Peruana”¹⁰² (*sic*).

66. Sobre el particular se observa que la resolución citada incurre en inexplicables errores. Primero confunde las nociones de orden público internacional y de orden público interno. Segundo, se enreda en un razonamiento falto de lógica pues parece identificar norma sustantiva, norma de conflicto de leyes y norma de competencia judicial internacional. Más allá, se remarca la arbitrariedad de la decisión pues su razonamiento se decanta por el examen de la ley aplicada en el foro de origen. Consecuentemente, incurre en el control indebido del fondo de la resolución extranjera¹⁰³; además de la “imposición de una condición de reconocimiento no permitida y más gravosa”¹⁰⁴.

67. En realidad, Si bien la ley no reconoce al magistrado el poder de revisar lo resuelto por el juez de origen; en el fondo, para que esa resolución sea acogida en territorio peruano debe exigirse una cierta equivalencia, no entre normas de conflicto, sino entre la solución a la cual arriba el juez extranjero que emite la sentencia y aquella a la cual hubiera llegado el magistrado peruano si el proceso de divorcio se hubiera desarrollado en el foro nacional.

V. Compatibilidad temporal de la sentencia extranjera con un eventual proceso o fallo anterior

68. Con la finalidad de preservar tanto la coherencia del sistema como los derechos precedentemente adquiridos, la concesión del reconocimiento se subordina a la compatibilidad temporal de la sentencia cuyo exequatur se pretende de cara a otra eventual decisión previa sobre un mismo asunto y entre las mismas partes, sea en el foro peruano (1) sea en el extranjero (2).

1. En el foro peruano

69. Ante dos procesos, de igual o similar naturaleza entre las mismas partes por el mismo objeto y causa, que se desarrollan paralelamente, en el foro peruano y ante un tribunal extranjero, la ley se inclina por el criterio de la “prioridad temporal”¹⁰⁵. A pesar de encontrarse aun en trámite, se confiere primacía al juicio iniciado con anterioridad en el territorio peruano y se excluye el reconocimiento de la sentencia foránea firme. Para impedir que prospere el reconocimiento basta acreditar que el proceso ante el foro nacional se inició con antelación a la interposición de la demanda que originó la sentencia sometida a exequatur.

¹⁰⁰ Corte Suprema de justicia, 1416-2017 Lima Este. En igual sentido: Ap. 2374 – 2016 Lima.

¹⁰¹ Corte Superior del Condado del Estado de New York, 13 de febrero 2009.

¹⁰² En este caso, la sentencia norteamericana disuelve el vínculo por causal de abandono conyugal; Sin embargo, de los actuados surge que la demandada no registra movimiento migratorio alguno, nunca visitó Estados Unidos, y, en consecuencia, el último domicilio conyugal no pudo constituirse en ese país.

¹⁰³ La prohibición de controlar el fondo del asunto se deriva implícitamente del Código Civil, Art. 2103, que ordena denegar el reconocimiento si la sentencia extranjera procede de un país donde se revise el fondo de los fallos dictados por los tribunales peruanos.

¹⁰⁴ G. MORENO CORDERO, Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: el ejemplo chileno y peruano, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, núm. 151, enero-abril de 2018, pp 175-226.

¹⁰⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., n. 217, p. 283.

70. En ese sentido se pronuncia una resolución de la Corte Suprema de octubre 2008¹⁰⁶. En esta ocasión, la propia actora había interpuesto en Perú, con anterioridad a la demanda en Norteamérica, una pretensión por las causales de separación de hecho, violencia psicológica e imposibilidad de hacer vida en común. Los magistrados declaran improcedente el reconocimiento del divorcio pronunciado en Estados Unidos¹⁰⁷, subrayando que no se había cumplido con el requisito formal de la ausencia de juicio pendiente iniciado con anterioridad ante un órgano Jurisdiccional Peruano. En adición añaden que el proceso tramitado en el extranjero debió suspenderse mediante la oportuna interposición de una excepción de litispendencia.

71. Se advierte por otra parte que la disposición tiende a evitar un eventual fraude. Podemos suponer que, dado el particularismo de los sistemas de derecho internacional privado, que recogen factores de conexión diferentes, el cambio voluntario a una jurisdicción extranjera podría buscar la aplicación de una ley diferente, que desemboque a su vez un fallo diverso (*forum shopping*). Igualmente, una demanda formulada en el extranjero, cuando preexiste un proceso abierto en Perú, podría tener como propósito exclusivo obstaculizar la ejecución de la sentencia peruana.

72. Es lo que se puede entrever de un caso en el cual se reconoce el divorcio, pero se deniega la homologación del extremo que fijaba los alimentos, precisamente por existir en Perú un proceso sobre la misma materia pendiente de ejecución¹⁰⁸. Aquí, el actor pretendía hacer prevalecer la pensión alimenticia establecida en la sentencia expedida por el Juzgado Civil de Basilea – Suiza afirmando que se trataba de un proceso ya concluido. Sin embargo, los magistrados ponen en relieve que se había “faltado a la verdad al sustentar la acción” pues la sentencia proferida por el tribunal peruano era anterior a aquella que se quería hacer valer. Esta situación era, además, de pleno conocimiento del accionante quien había contestado dicha demanda.

73. Lógicamente lo que se intenta eludir en el caso citado es la decisión que debía recaer en el foro peruano. Así, se invoca una sentencia extranjera, aparentemente regular, con el único propósito de impedir que se emita una decisión relativa a un litigio previo. Estamos ante un fraude, no a la ley aplicable, sino específicamente al fallo que deben emitir los magistrados peruanos. Como lo resaltan Mayer et Hauser, “el fraude es visible y frecuentemente observado”¹⁰⁹. No es raro que se recurra a un juez extranjero para demandar la separación de cuerpos cuando un exequatur de divorcio había sido ya iniciado en las jurisdicciones de otro país¹¹⁰.

2. En el foro extranjero

74. Esta exigencia tiende a preservar “la paz judicial y la coherencia del orden jurídico”¹¹¹. Ante dos sentencias extranjeras entre las mismas partes provenientes de dos países diferentes, la ley ordena optar por la sentencia más antigua, aunque “no sea ejecutoriada”¹¹². Ciertamente, como lo señala el profesor García Calderón el reconocimiento se excluye en la hipótesis de “existir una sentencia previa, aun cuando no se hubiere iniciado en el Perú el procedimiento de exequátur”¹¹³. Corresponderá al magistrado evaluar que dicha resolución reúne las condiciones para su reconocimiento. Es decir, que se trata de

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Ap. 5010-2007 Lima, 3 octubre 2008.

¹⁰⁷ Duodécimo Circuito Judicial del Condado de Sarasota, Estado de Florida.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Cas. 1517-2007 Lima, 29 enero 2008.

¹⁰⁹ “*Le forum shopping réalise donc une fraude au jugement qu’aurait rendu le tribunal normalement compétent*». P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n. 408, p. 289, n. 410, p. 290.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 288 y s.

¹¹¹ A. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALES, *Derecho Internacional Privado, op.cit.*, n. 146, p. 452.

¹¹² D. REVOREDO DE DEBAKEY, *Exposición de motivos y comentarios Código Civil, Proyectos en anteproyectos de la reforma del Código Civil, op. cit.*, p.1029.

¹¹³ G. GARCÍA CALDERÓN, *Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, op. cit.*, p. 774.

una sentencia potencialmente reconocible. Conviene observar que la norma se limita a precisar que las resoluciones extranjeras deben ser incompatibles. No exige que ambas resoluciones tengan el mismo objeto y causa petendi.

75. El objetivo, nuevamente, es evitar dos sentencias contradictorias sobre un mismo asunto cuyas consecuencias se excluyan entre sí. Es el caso por ejemplo de una sentencia de nulidad de matrimonio, cuando en otro país ya se había obtenido la disolución del vínculo conyugal. O también la hipótesis de una sentencia de separación de cuerpos que trate de impedir el reconocimiento del divorcio pronunciado anteriormente.

76. Desde otro punto de análisis, se observa también la voluntad implícita del legislador de levantar barreras que obstaculicen un posible fraude en la elección del tribunal extranjero con el exclusivo propósito, por ejemplo, de impedir el reconocimiento. En efecto, una sentencia cuyo “origen es malsano, es decir, internacionalmente irregular”¹¹⁴, debe ser privada de eficacia normativa en los demás países

77. Finalmente, a partir del análisis de la jurisprudencia nacional podemos constatar el recurso a argumentos artificiosos o antojadizos para cuestionar la competencia de la jurisdicción extranjera. Así luego de haber obtenido el divorcio en USA, la demandada pretendía oponerse al reconocimiento invocando la incompetencia del juez norteamericano debido al hecho de que el último domicilio conyugal había sido el Perú. Aquí, en sentencia del 18 de agosto de 2015¹¹⁵, la Suprema Corte resalta que el argumento de la recurrente era “insostenible” y que contraviene un principio de lógica jurídica elemental. No es factible cuestionar la competencia jurisdiccional cuando de *motu proprio* se ha concurrido a dicho órgano para demandar el divorcio. «*Venire contra factum proprium non valere*».

VI. Consideraciones finales

78. De lo expuesto se deriva que, el reconocimiento de los derechos válidamente consagrados en sentencias extranjeras, no debería originar grandes dificultades. Sin embargo, a partir del análisis de la jurisprudencia peruana constatamos falencias en la aplicación e interpretación de la ley que, en ciertas ocasiones, conducen al rechazo arbitrario de la demanda. Igualmente, la denegatoria del reconocimiento fundada exclusivamente en la ausencia de reciprocidad obvia derechos sustanciales sin fundamento lógico alguno. Si bien el derecho peruano ha experimentado importantes cambios destinados a simplificar el proceso judicial del reconocimiento de sentencias extranjeras, queda pendiente la tarea de implementar medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento real del principio de tutela judicial efectiva.

¹¹⁴ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 868.

¹¹⁵ Cas. 1668-2013 Lima, Décimo Primer Distrito Judicial del Condado de Miami-Dade - Florida.

La determinación de la competencia judicial internacional en compraventa internacional. ¿Consumidor o no consumidor? He ahí la clave

The determination of international jurisdiction in international sales and purchases. Consumer or non-consumer? That is the key

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia

Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido: 01.07.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7239

Resumen: La competencia judicial internacional en materia de compraventa internacional es una cuestión que puede revestir gran interés, pero también puede presentar dificultades. Es importante determinar el papel que desempeña cada uno de los sujetos intervinientes en la relación contractual, pues en función de qué sea quién se aplicarán unos criterios u otros para atribuir competencia a los tribunales de un Estado o al de otro. Además, el realizar la contratación a través de Internet puede inducir a pensar que el asunto es complejo, pero nada más lejos de la realidad. Las tecnologías avanzan, pero, en muchos casos, los supuestos jurídicos que se plantean son bien conocidos y las normas a aplicar son las usuales.

Palabras clave: Compraventa en Internet, carga de la prueba, consumidor, Reglamento Bruselas I-bis, declinatoria.

Abstract: International jurisdiction in matters of international sales and purchases is an issue that can be of great interest, but can also present difficulties. It is important to determine the role of each of the parties involved in the contractual relationship, because depending on who is involved, different criteria will be applied to attribute jurisdiction to the courts of one State or another. Furthermore, contracting over the Internet may lead one to think that the matter is complex, but nothing could be further from the truth. Technologies are advancing, but, in many cases, the legal cases that arise are well known and the rules to be applied are the usual ones.

Keywords: Internet sales and purchases, burden of proof, consumer, Brussels I-bis Regulation, plea of nullity.

Sumario: I. Regulación de la compraventa internacional de mercaderías. II. El misterio del comprador: ¿consumidor o no consumidor? 1. El artículo 17 del Reglamento Bruselas I-bis. A) Consumidor vs empresa. B) Compraventa electrónica. a) Compraventa a través de Internet. b) La carga de la prueba. III. Demandado-vendedor: ¿Y ahora yo qué hago? IV. Conclusiones.

I. Regulación de la compraventa internacional de mercaderías

1. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10213/2021, objeto de estudio del presente texto, se dicta como consecuencia de un recurso de apelación por haberse declarado el tribunal de prime-

ra instancia incompetente para conocer del asunto por falta de jurisdicción internacional¹. El litigio que dio origen al auto consistía en una compraventa de un vehículo a una sociedad alemana por parte de un nacional español. La entrega del automóvil se produjo en Alemania y se trasladó a España mediante un transportista. La demanda se dirigió contra la sociedad vendedora domiciliada en Alemania.

2. Antes de comenzar a tratar el asunto, es necesario abordar el tema de la compraventa de mercaderías a nivel internacional para situar la cuestión en el contexto correspondiente. El Reglamento Roma-I (RR-I en adelante) expresa que la ley aplicable a este tipo de contrato es el del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual (art. 4.1.a) RR-I)². A pesar de que la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de Mercaderías, realizada en Viena el 11 de abril de 1980 (Convención de Viena 1980 en adelante) también regula este sector, lo cierto es que no debe extraerse el concepto de compraventa de este texto legal, sino del Reglamento Roma-I³.

3. Así lo indican A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ pues si se hubiera querido hacer de esta manera, el Reglamento Roma-I lo habría indicado expresamente, tal y como ya hace en relación con ciertos conceptos jurídicos⁴. Asimismo, aclaran ambos autores, de interpretar el concepto de compraventa a la luz del texto de la Convención de Viena sin remisión expresa realizada por el Reglamento Roma-I, se estaría ante una extensión injustificada de un concepto recogido en un Convenio internacional a Estados que no son parte de la Convención de Viena.

4. De hecho, no se puede aplicar el Convenio de Viena pues el art. 1 CV indica que será de aplicación a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes con establecimientos en Estados distintos y siempre que sean Estados contratantes. Además, los contratos celebrados con consumidores quedan fuera de su ámbito de aplicación, ya que no regula la formación de los contratos de compraventa cuando el destino que se le dé al bien adquirido sea un uso personal, familiar o doméstico (art. 2 CV).

5. Sin embargo, un instrumento regulador de aspectos conexos al contrato de compraventa es el Reglamento Bruselas I-bis (RB-I bis en adelante), encargado de regular la competencia judicial internacional de los tribunales⁵. La competencia judicial internacional es *“la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, (...), para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, (...). En otras palabras, se trata de determinar en qué casos, y con arreglo a qué criterios y principios, los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas españolas pueden conocer de los litigios suscitados por las situaciones privadas internacionales”*⁶. Esto quiere decir que no todo órgano judicial va a gozar de competencia judicial internacional para conocer de un asunto determinado.

6. El Reglamento Bruselas I-bis establece en su art. 7 los supuestos en los que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro. Indica el precepto en el apartado a) que en materia contractual se acudirá a los tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda; por su parte el apartado. 1.b) manifiesta que *“b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: - cuando se trate de una com-*

¹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de octubre de 2021. (ECLI:ES:APB:2021:10213A)

² Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008, págs. 6-16. (DOUE-L-2008-81325).

³ España se adhirió en 1990 a través del Instrumento de Adhesión publicado en el BOE núm. 26, de 30/01/1991 (BOE-A-1991-2552)

⁴ A.L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen II*. Decimoquinta edición. 2014/2015. Ed. Comares. Págs. Ref. 810-811.

⁵ Reglamento (CE) 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 (Bruselas I-bis). DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012, págs. 1-32. (DOUE-L-2012-82604).

⁶ A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Págs. 113-114.

praventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías". Llamar la atención al hecho de que el Reglamento se refiere a "persona domiciliada" y no "nacional" de un Estado miembro, por lo que excluye la cuestión de la nacionalidad a estos efectos, lo que nada impide que esa persona domiciliada sea nacional de un tercer Estado para poder ser demandada en otro Estado miembro.

7. Una vez determinada la competencia judicial internacional de los tribunales competentes para conocer del asunto, hay que determinar cuál va a ser la ley aplicable que deba emplear el juzgador para resolver las cuestiones litigiosas planteadas. Para decretar la ley aplicable al contrato habrá que acudir primeramente al propio contrato, pues es posible que las partes hayan pactado cuál quieren que sea la ley que regule su relación jurídica. En ausencia de pacto, señala el art. 1.1 del Reglamento Roma-I que se aplicará lo contenido en dicho texto legal en "*las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*". Asimismo, el art. 4.1.a) RR-I establece que cuando las partes no hayan elegido cuál será la ley aplicable, el contrato de compraventa de mercaderías se regirá "*por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*."

8. Al designar la ley del país la norma señala al ordenamiento jurídico en su totalidad, es decir, se incluyen todas las normas que rijan las situaciones jurídicas de compraventa del Estado. Esto significa que la remisión se hace también a las normas de Derecho Internacional Privado, el cual es el "*sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales*"⁷. El Derecho Internacional Privado introduce una idea de orden en las situaciones privadas internacionales para que los sujetos intervinientes sepan a qué reglas deben atenerse, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica internacional que se considera justa en base a unos valores determinados⁸.

9. Sin embargo, se podría pensar que debido a que esa remisión al ordenamiento jurídico de un Estado como ley aplicable se hace a la totalidad, sería posible que se encuentren normas que envíen la cuestión para que sea regulada por la legislación de otro Estado distinto. Esta figura jurídica se conoce como reenvío. De la mano de A.-L- CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ se aprecia que existen dos tipos de reenvío, en función del alcance de la norma⁹.

10. El primero es el reenvío de primer grado o de retorno, que se produce cuando la norma de conflicto de un Estado miembro remite la regulación al ordenamiento de otro Estado. Puesto que hay que entender que se realiza esa remisión a todo el ordenamiento en su conjunto, puede ocurrir que la norma de conflicto de ese segundo Estado, vuelva a enviar la cuestión al primer Estado. Es decir, la norma de conflicto española, por ejemplo, redirige la cuestión a la ley francesa y sus normas de conflicto lo devuelven nuevamente al derecho español. El segundo tipo de reenvío es el de segundo grado o reenvío ulterior. Según ambos autores se produce cuando la norma de conflicto española remite la regulación del supuesto a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de ese Derecho extranjero conduce, a su vez, a otro distinto de los dos anteriores. Añaden que en teoría podría haber reenvíos de tercer grado o cuarto grado o quinto grado y así sucesivamente.

11. De este modo, podría ocurrir que las partes estuviesen como en un partido de tenis y tuviesen que seguir su litigio para descubrir en manos de qué ley acaba que pueda regular la cuestión. Sin embargo, la realidad no es tan traumática, ya que el Derecho de la Unión Europea goza de eficacia directa, lo que se traduce en su capacidad de desplegar plenos efectos jurídicos en todos los Estados miembros

⁷ A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Compendio de Derecho Internacional Privado*. Tercera Edición. Ed. Rapid Centro Color. 2021. Pág. 1.

⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI". *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. N° 22, 2004. Págs. 17-58. Pág. Ref. 37.

⁹ Para un estudio de la figura del reenvío en mayor profundidad acudir a su libro de *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Págs. 438 en adelante

desde su entrada en vigor¹⁰; además, también presenta primacía sobre los derechos nacionales, esto significa que las normas emanadas de la UE prevalecen sobre las disposiciones de origen nacional¹¹. Señala el Tribunal de Justicia de la UE que “*en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado*”¹².

12. Como consecuencia de ambos principios, la normativa europea será directamente aplicable en los Estados miembros y, además, en base al principio de primacía su aplicación tendrá preferencia frente las normas nacionales. Debido a esto, y puesto que las normas del Reglamento Roma-I serán las aplicables, no puede aparecer una situación de reenvío. Esto se debe a que el art. 20 RR-I excluye expresamente el reenvío al señalar que cuando determine una ley nacional como la aplicable, se referirá únicamente a las normas jurídicas materiales, con exclusión de las normas de DIPriv., salvo que el propio Reglamento disponga otra cosa.

13. A modo de resumen y para sistematizar todo lo aquí explicado, puede indicarse que el contrato de compraventa internacional de mercaderías sólo podrá ser regulado por el Convenio de Viena de 1980 cuando se realice con dos empresas que tengan su establecimiento en dos Estados miembros distintos y que además sean parte del Convenio. En todos los demás casos, el Reglamento Roma-I conduce a la ley del país de la residencia habitual del vendedor como la aplicable para la regulación del contrato de compraventa. Para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales que deban conocer del litigio surgido a raíz de ese contrato se utilizarán las disposiciones contenidas en el Reglamento Bruselas I-bis.

II. El misterio del comprador: ¿consumidor o no consumidor?

14. La Audiencia Provincial de Barcelona realiza un razonamiento que le resulta fascinante a quien suscribe este texto, pero por lo injustificado y para nada fundamentado de su conclusión. En el fundamento primero indica el auto que “(t)ambién se señala en el auto apelado que la factura de compra, aportada con la demanda, se indicaba que el demandante, comprador del vehículo, era un profesional. 2. En el recurso de apelación se incide en esto último. Se sostiene que se trató de una operación sometida a la legislación de consumidores y, siendo así, debía afirmarse la competencia de los tribunales españoles. No se ha cuestionado la referencia hecha por el Juzgado al lugar de la entrega del vehículo objeto del contrato”. En base a lo transcrito existe la duda sobre el papel que juega el comprador del vehículo en la relación comercial, pues una parte alega que es profesional y otra que es consumidor. Lo que sí que no se discute, es que el lugar de entrega del vehículo fue Alemania.

15. Sin embargo, ante esta dualidad, la Audiencia viene a arrojar luz y calmar la agonía de un comprador que no sabe qué papel juega en dicha relación jurídica. Para ello utiliza un razonamiento que a sus ojos es totalmente válido y aceptable como es su particular preferencia por una calificación sobre la otra. En este sentido, “(l)a sala se inclina por considerar que, a efectos de competencia y jurisdicción, se trató de una operación sometida a la legislación de consumidores”. La propia sala señala que la factura dice lo contrario, pero el demandante ha aportado documentos que indican que es un trabajador por cuenta ajena. Añade además que, “(a)unque los documentos aportados por el demandante indican que es un trabajador por cuenta ajena, no puede negarse la posibilidad de que, en el curso del proceso, se revele que lo que dice la factura es cierto”.

¹⁰ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/efecto-directo/efecto-directo.htm> (Visitado el 06/06/2022)

¹¹ <https://dpej.rae.es/lema/primac%C3%ADa-del-derecho-de-la-uni%C3%B3n#:~:text=Principio%20del%20derecho%20de%20la,de%20toda%20norma%20interna%20incompatible.> (Visitado el 06/06/2022)

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-399/11, *Melloni*, de 26 de febrero de 2013. (ECLI:EU:C:2013:107).

16. Para el caso en que se confirme que lo señalado en la factura es cierto y, por tanto, el comprador operaba como un profesional y no un consumidor, el juzgado de primera instancia deberá suspender el procedimiento y declararse nuevamente incompetente, para que sean los tribunales alemanes los que diriman la cuestión.

1. El artículo 17 del Reglamento Bruselas I-bis

A) Consumidor vs empresa

17. La AP asienta la competencia de los tribunales españoles en base al art. 18 RB I-bis como consecuencia de la aplicación del art. 17 RB I-bis, más concretamente el apartado 1.c). El segundo precepto señala que “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 (...)*”. A través de esta dicción el artículo indica que la competencia judicial internacional se determinará mediante la aplicación del precepto, siempre que una persona haya adquirido un bien cuyo destino sea ajeno a la actividad profesional de ese sujeto. Cuando se da ese requisito del destino distinto a la actividad profesional, el sujeto comprador tendrá la consideración de consumidor, tal y como determina el art. 17.1 RB I-bis.

18. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la interpretación que se le debe dar a los arts. 17 y 18 RB I-bis. Así, en el caso *Reliantco*¹³ señala el TJUE que para poder aplicar el apartado 1 del art. 17 RB I-bis es necesario que se den tres requisitos que son “(...) *en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional, y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17*”¹⁴. Añade además que los tres requisitos deben apreciarse de manera cumulativa, por lo que si hay alguno que no se cumple no se podrá aplicar las normas competenciales aplicables a consumidores.

19. Asimismo, el TJUE señala que el término “consumidor” debe ser interpretado de manera restrictiva y se tendrá en cuenta tanto la posición que ocupa esa persona en un contrato determinado, como la naturaleza y la finalidad que tenga el contrato. Por tanto, el hecho que un sujeto actúe o no como consumidor en una determinada relación jurídica no es una cuestión subjetiva de la persona, puesto que una persona puede actuar como consumidor en ciertas operaciones del tráfico jurídico y como operador económico en otras.

20. El TJUE también ha definido qué se debe considerar como empresa a través de reiterada jurisprudencia¹⁵. Así señala que se considera empresa a las entidades que ejercen una actividad económica, sin tener en cuenta el estatuto jurídico y el modo de financiación que utilicen. Por ende, la calificación de una entidad como empresa depende de la naturaleza de sus actividades. Además, el estatuto jurídico que se le da a la entidad por parte de la legislación nacional no es decisiva, lo único relevante a efectos de calificación es que desempeñe una actividad económica.

¹³ STJUE de 2 de abril de 2020. *Reliantco*. Asunto C-500/18, FJ 45 a 47 (ECLI:EU:C:2020:264).

¹⁴ En idéntico sentido: STJUE de 3 de octubre de 2019. *Petruchová*. Asunto C-208/18, FJ 39-44 (ECLI:EU:C:2019:825), STJUE 23 de diciembre de 2015, *Hobohm*. Asunto C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:844) y STJUE de 28 de enero de 2015. *Kolas-sa*. Asunto C375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), entre otras

¹⁵ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*. Asuntos acumulados C180/98 a C-184/98. FJ 74 (ECLI:EU:C:2000:428); STJUE de 10 de enero de 2006. *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*. C-222/04. FJ 107 (ECLI:EU:C:2006:8).

21. El concepto de empresa va siempre ligado al de actividad específica y, además, esa actividad únicamente tendrá relevancia cuando se trate de actividades económicas, pues es posible que se desarrollen actividades no económicas, en cuyo caso estas últimas no se tendrán en cuenta para la calificación de la entidad¹⁶. Para distinguir cuándo se está ante una actividad económica y cuándo ante una no económica, el TJUE ha señalado reiteradamente que tiene la consideración de actividad económica cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado¹⁷. Para poder determinar si existe un mercado para determinados servicios se deberá atender a la organización que preste el Estado en concreto para esos servicios, por lo que es posible que varíe de un Estado miembro a otro¹⁸.

22. A modo de resumen, se puede decir que para ser consumidor se necesita i) que el sujeto actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional; ii) que el contrato se haya celebrado con un profesional; iii) que ese contrato se circunscriba en los supuestos recogidos en el 17.1.a), b) y c) (venta a plazos de mercaderías; préstamo a plazos o cualquier operación de crédito vinculada a la financiación de los bienes; y cuando la contraparte ejerza actividades comerciales en el Estado del consumidor o dirija tales actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor); iv) y, finalmente, que así se infiera de la posición del sujeto en el contrato y de la naturaleza y finalidad del mismo.

23. En el otro lado de la relación se debe situar una empresa o empresario, el cual i) debe actuar en un ámbito propio a su actividad profesional; ii) debe desempeñar una actividad específica que tenga la consideración de actividad económica, sin tener relevancia cuestiones como el estatuto jurídico de la entidad; iii) y que esa actividad económica debe consistir en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.

24. En el caso de autos se indica que el demandante es trabajador por cuenta ajena, pero no se señala en qué consiste su actividad profesional. De igual manera, tampoco se indica el destino que se le va a dar al bien adquirido, en este caso un vehículo. Por tanto, antes de poder investir al demandante con la potestad de consumidor, la AP debería haber realizado una averiguación sobre el destino que se le iba a dar a ese vehículo, pues no es igual si iba a ser para un uso privado o como consecuencia de su actividad profesional, aunque sea por cuenta ajena.

25. Incluso la AP duda sobre la calificación que se le debe dar al comprador sobre si realmente actúa como un consumidor o no, puesto que señala que es posible que posteriormente se acredite el hecho de que el comprador en realidad era un profesional, tal y como consta en la factura. En caso de duda el tribunal puede conceder a las partes un plazo para que subsanen o aclaren aquello sobre lo que hay duda, como puede ser la condición de consumidor con la que intervenía o no el comprador. Sin embargo, para pedir esta subsanación el procedimiento ya debe haber sido admitido a trámite, es decir, el tribunal debe haber realizado ya el examen de competencia y haberse declarado apto para resolver. Además, y tal y como se expondrá más adelante, es obligación de cada una de las partes que prueben todo aquello en lo que basen su escrito y que justifique lo que en él se pida. Por tanto, el comprador debería haber justificado en el momento de presentar la demanda que actuaba como consumidor en esa relación jurídica. Por ello, se debe desestimar la conclusión a la que llega la AP de que el comprador es un consumidor y que los arts. 17.1.c) y 18 RB I-bis son aplicables y consiguiente atribución de competencia a los tribunales españoles.

¹⁶ Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris/Comisión*. Asunto T-128/98, FJ 108 (ECLI:EU:T:2000:290).

¹⁷ En este sentido STJUE de 16 de junio de 1987. *Comisión/Italia*. Asunto C-118/85, FJ 7. (ECLI:EU:C:1987:283); SJUE de 18 de junio de 1998. *Comisión/Italia*. Asunto C-35/96, FJ 36 (ECLI:EU:C:1998:303); STJUE de 12 de septiembre de 2000. *Pavlov y otros*. Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, FJ 75 (ECLI:EU:C:2000:428).

¹⁸ STJUE de 17 de febrero de 1993. *Poucet y Pistre*. Asuntos acumulados C159/91 y C-160/91, FJ 16 a 20 (ECLI:EU:C:1993:63).

B) Compraventa electrónica.

a) La compraventa a través de Internet

26. En el último párrafo del auto, indica la AP que “(e)l demandante afirma que en este caso la demandada dirigía su actividad hacia España por medio de internet y, aunque no se han aportado pruebas al respecto, esta falta no debe motivar la falta de jurisdicción. La demandada podrá alegar y acreditar, en qué otra forma entró en contacto el demandante con ella para la compra de que se trata”. A través de este párrafo plantea la AP la cuestión de la compraventa a través de Internet y la carga de la prueba.

27. El desarrollo de la tecnología es una realidad palpable. En los últimos años se ha desarrollado el mundo de la comunicación, de manera que ahora está al alcance de todos. “La irrupción de Internet en el mundo del Derecho repercute en todas las ramas jurídicas, pero en especial y fundamentalmente en el Derecho Internacional Privado. Representa el modo más depurado hasta ahora de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del Derecho Internacional Privado el protagonista principal del impacto de internet en el mundo jurídico”¹⁹

28. Y, aunque hay quien dice que esta interconexión e interacción “(...) ha generado el surgimiento de un nuevo mercado de importancia creciente, el denominado comercio electrónico, que plantea cuestiones nuevas, no contempladas en la problemática tradicional del derecho mercantil y que suponen además una forma innovadora de realización de operaciones en el mercado”²⁰, lo cierto es que “(...) la aplicación del DIPr. de cada Estado, constituye, así, la vía real que lleva a solucionar las cuestiones legales que el uso de Internet ha hecho surgir. Ello es así porque –salvo aspectos muy particulares, como la propiedad de los “dominios” en la red- en realidad, los problemas jurídicos que plantea Internet no son nuevos... Se trata de problemas clásicos - contratación internacional, responsabilidad civil no contractual, protección de la intimidad, etc.-, presentados, ahora, eso sí, con un ropaje tecnológico novedoso... La pretensión de construir un “mundo aparte” para Internet, necesitado de reglas nuevas y propias, es una falacia, pues los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real y en el virtual. Internet es sólo un medio más veloz de comunicación, como antes lo fue el telégrafo, el teléfono, el correo o el fax... Internet no es sino otro modo de concluir contratos inter absentes, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde los tiempos de F. K. V. Savigny”²¹

29. La característica principal de los contratos electrónicos es el hecho de que comprador y vendedor no tienen por qué estar en el mismo territorio. Esto es lo que se conoce tradicionalmente como un contrato a distancia, regulado en España en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU en adelante)²², en los artículos contenidos en el Título III del Libro II. El art. 92 señala el ámbito de aplicación de la Ley y, en sus líneas, asienta de modo indirecto las características que debe tener un contrato para considerarse que se ha realizado a distancia. Así, señala que se consideran contratos a distancia i) los celebrados con consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia; ii) que no ha existido presencia física simultánea del empresario y consumidor/usuario; iii) que las técnicas de comunicación utilizadas hayan sido exclusivamente a distancia hasta el momento de celebración del contrato e, incluso, en la propia celebración. Además, continúa el precepto y señala que se entiende por métodos de comunicación a distancia el correo postal, Internet, teléfono o fax.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*. Madrid. 2001. Ed. Colex Ref. pág. 7

²⁰ A. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO. *Apuntes de Derecho Mercantil*. 7ª. Pamplona. 2006. Ed. Aranzadi. Ref. pág. 122.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*. Madrid. 2001. Ed. Colex Ref. pág. 7

²² 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 de noviembre de 2007 (BOE-A-2007-20555).

30. A través de esta norma se incorpora al ordenamiento jurídico español lo establecido en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores²³. El art. 2.7 define qué entiende la Directiva por contrato a distancia y, puesto que sirve como base para la norma española, los términos que utiliza para desarrollar el concepto es idéntico al contenido en la LGDCU que ya se ha mencionado. Asimismo, esta no es el único instrumento de producción internacional aplicable a la contratación a través de medios electrónicos. La Directiva sobre el Comercio Electrónico²⁴ trata de facilitar el correcto funcionamiento del mercado interior cuando los contratos se realicen de manera electrónica (art. 1 DCE)

31. Es importante no confundir la terminología y diferenciar entre contrato electrónico y el contrato informático²⁵. El primero, indica ORTEGA DÍAZ, es aquel que se realiza a través de un medio electrónico de comunicación a distancia. Por el contrario, el contrato informático tiene por objeto contractual algo electrónico o informático, por ejemplo, un dominio. Es por ello que cuando se habla de un contrato celebrado mediante el uso de Internet, se trata de un contrato electrónico.

32. Sin embargo, como ya se ha indicado, los aspectos tecnológicos del contrato no deben hacer que se pierda de vista que, en realidad, el contrato electrónico es un contrato a distancia celebrado entre ausentes, cuestión clásica de Derecho civil. Es por ello que muchos aspectos formales se contienen en normas civiles. Así, la Ley 34/2002²⁶ modificó los arts. 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio para ampliar su alcance y comprender este tipo de contratación. Los preceptos versan sobre el consentimiento para el perfeccionamiento del contrato e indican que cuando son contratos celebrados a través de dispositivos automáticos, se considerará que existe consentimiento desde que se manifiesta la aceptación (Disposición Adicional Cuarta).

b) La carga de la prueba

33. Como se ha indicado, a pesar de la tecnología que lo rodea, un contrato electrónico tiene los caracteres propios de un contrato a distancia celebrado entre ausentes, que se perfecciona en el momento de la manifestación de la aceptación. Ahora bien, una vez que surgen cuestiones problemáticas como la planteada en el supuesto, aparece la incógnita de quién debe demostrar qué.

34. Tal y como se ha expresado al inicio del apartado “a) La compraventa a través de Internet” la AP no tiene pruebas, pero tampoco dudas, sobre quién lleva la carga probatoria y qué le corresponde a cada parte. Esto lo ha dejado patente al alegar que, aunque no se han aportado pruebas acerca de la afirmación hecha por el demandante de que la vendedora dirigía su actividad hacia España, eso no debe motivar una falta de jurisdicción. Añade además que, en todo caso, la demandada deberá alegar y acreditar en qué otra forma entró en contacto el comprador, ahora demandante, con ella para la compra. Es decir, lo que la Audiencia dice al realizar tal afirmación, es que es tarea de la vendedora-demandada probar de qué manera tuvo la compradora-demandante conocimiento de la oferta sobre la venta de ese vehículo.

²³ 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/C. DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011, págs. 64 a 88. (DOUE-L-2011-82312).

²⁴ 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. DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000. Págs. 1 a 16. (DOUE-L-2000-81295)

²⁵ J. F. ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”. *Revista de Contratación Electrónica*. Núm. 86, octubre 2007. Págs. 52-111. Ref. págs. 54-55.

²⁶ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. (BOE-A-2002-13758)

35. En toda la legislación internacional y nacional que se ha mencionado en el apartado anterior, las referencias que versan sobre la carga de la prueba tratan sobre quién la tiene en según qué casos. Por ejemplo, el empresario debe probar que ha cumplido su deber de información, que había identidad entre lo que se prometió y lo que se entregó, que ha devuelto las cantidades recibidas en caso de desistimiento... Y el consumidor debe probar que ha hecho uso del derecho de desistimiento, que lo ha hecho en tiempo y forma correcta, que se lo comunicó al empresario, etc.

36. Empero, si bien es cierto que la mayor parte de la carga de la prueba recae sobre el empresario, también lo es que en ningún precepto se trata la prueba de los métodos de acceso a una oferta por parte de un individuo. La AP no puede hacer una interpretación análoga de los diferentes textos legales y entender que, puesto que la mayoría de veces es el empresario el que debe probar los hechos, en este supuesto también debe ser así.

37. En la legislación procesal interna el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ es el encargado de regular, de manera genérica, la carga de la prueba. El precepto señala que cuando el tribunal tenga dudas sobre hechos que considere relevantes para fundamentar la sentencia o resolución semejante, deberá desestimar las pretensiones alegadas por la parte que sea, si ésta no ha cumplido con su deber de probar los hechos inciertos que fundamentan sus pretensiones. De igual manera, continúa el artículo, corresponde al actor y al demandado “(...) *la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.*”

38. El precepto significa que cada parte debe probar aquellos hechos en los que basa las pretensiones que justifiquen lo que piden. Igualmente, hay ocasiones en las que la Ley invierte la carga de la prueba por razones de proximidad, pues será más sencillo para un empresario, por ejemplo, aportar las hojas con las horas que ha fichado un trabajador a que sea el trabajador el que los aporte. No obstante, la Ley señala específicamente cuándo se produce esto, ya que la regla general es la contenida en el art. 217 LEC.

39. Sin embargo, la Audiencia pretende que la demandada pruebe unos hechos alegados por la demandante y que desmienta lo dicho por ésta. Es decir, la demandada debe probar unos hechos negativos y que son de imposible conocimiento y prueba para ella. Esto es lo que tradicionalmente se conoce en Derecho como una *probatio diabólica*. El Tribunal Económico Administrativo Central ha definido esta figura jurídica como la “(...), *situación que se produce cuando a quien alega un derecho o una situación de la que se deriva una consecuencia jurídica le resulta imposible probar un hecho o extremo concreto.*”²⁸

40. El Tribunal Supremo ha tratado ampliamente el tema de la *probatio diabólica*. En su sentencia de 19 de septiembre de 2013²⁹ se expresa de una manera clara y señala que “(e)s *doctrina del Tribunal Constitucional (desde sus sentencias núm. 227/1991, de 28 de noviembre EDJ 1991/11318, 7/1994, de 17 de enero EDJ 1994/152, y 95/1999, de 31 de mayo EDJ 1999/11260), acogida por el Tribunal Supremo (en sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, núm. 684/1999, de 26 de julio, recurso núm. 1779/1997, núm. 48/2000, de 31 de enero, recurso núm. 1320/1995 EDJ 2000/330 y núm. 75/2010, de 10 de marzo, recurso núm. 2091/2005 EDJ 2010/31636), y reflejada incluso en nuestras normas legales (art. 304 y 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos; que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes*

²⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000. (BOE-A-2000-323)

²⁸ Sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central, de 16 de enero de 2019, recurso 4253/2016, FJ 5.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 4673/2013, de 19 de septiembre de 2013. FJ 7 (ECLI:ES:TS:2013:4673)

para su defensa; y que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza. La Sala considera que tal doctrina ha de ser tomada en consideración tanto para aplicar las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria en la carga de la prueba (art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463)) como en la valoración de la prueba, otorgando suficiente valor probatorio a pruebas que, en otras circunstancias, pudieran haber sido consideradas insuficientes, cuando la causa de las debilidades probatorias sea imputable a la postura obstaculizadora de la parte a quien benefician”.

41. El TS señala que no se puede imputar a la parte contraria que demuestre hechos que le es imposible probar. En el caso de autos, la AP solicita a la parte demandada que justifique de qué manera llegó a conocimiento de la demandante la oferta. Sin embargo, el poder probar ese hecho es imposible para la demandada, pues nada asegura que esa oferta la hubiese visto por Internet o se la dijese algún amigo o que, para rizar más el rizo, hubiese tenido conocimiento de esa oferta por razón de su profesión pues, como ya se ha indicado anteriormente, tampoco queda justificado el que no sea un profesional.

42. Puesto que es el comprador, ahora demandante, quien realiza la alegación de que el vendedor dirigía su actividad hacia España a través de Internet, debería ser él quien justificase en qué se basa para realizar tal afirmación y cómo tuvo conocimiento de la oferta. Así pues, la AP no puede obligar al demandado a “(...) probar aquello para lo que se debería poder viajar atrás en el tiempo”³⁰ y, en consecuencia y aplicación del art. 217 LEC, desestimar esta pretensión realizada por la demandante.

43. Como consecuencia, no queda demostrado que la vendedora ejerciese sus actividades comerciales en España, Estado del domicilio del comprador, por lo que no se puede apreciar la aplicabilidad del art. 17.1.c) RB I-bis en el presente caso y, por ende, tampoco sería aplicable la legislación de consumidores por este motivo. Por todo lo anterior, se debería desestimar nuevamente esta pretensión argüida por la Audiencia Provincial, en tanto en cuanto ni existe inversión de la carga de la prueba prevista en la Ley, ni la Audiencia justifica por qué le será más fácil al vendedor que al propio comprador probar cómo el adquirente tuvo conocimiento de su oferta.

III. Demandado-vendedor: ¿Y ahora yo qué hago?

44. Una vez que la Audiencia ha insistido en mantener la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, el Juzgado de Primera Instancia deberá declararse competente y admitir la demanda a trámite. Ante esta circunstancia, el Derecho todavía le ofrece al demandado una última arma con la que luchar y oponerse a esa atribución de competencia tan injustificada. Esa arma recibe el nombre de declinatoria internacional.

45. La declinatoria internacional “(...) tiene como finalidad instar al tribunal español al que ha acudido un demandante, que se declare incompetente para conocer de un litigio que presenta carácter internacional.”³¹. Este instrumento jurídico se regula en los arts. 63 a 65 de la LEC. Los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ³² señalan que la declinatoria se puede utilizar para alegar una falta de foro de competencia judicial internacional por parte de los tribunales españoles, pues éstos sólo podrán conocer de los casos internacionales cuando exista una norma que les atribuya competencia. También se podrá utilizar la declinatoria cuando exista entre las partes un acuerdo de sumisión que sea

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 7446/2012, de 11 de septiembre de 2012. FJ 2 (ECLI:ES:TS:2012:7446)

³¹ A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Derecho Internacional Privado. Volumen I”. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Ref. pág. 341.

³² A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Derecho Internacional Privado. Volumen I”. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Ref. págs. 341 y 342.

válido a favor de tribunales extranjeros, en estos casos el tribunal español deberá controlar la validez de ese acuerdo de sumisión mediante la aplicación de las normas aplicables a la cuestión. Finalmente, también se podrá hacer uso de la declinatoria cuando exista una sumisión a arbitraje, en cuyo caso el tribunal español deberá declararse incompetente en favor del tribunal arbitral de que se trate.

46. El art. 63 LEC señala también quién tiene legitimación para plantearla. Así el demandado podrá oponerse mediante una declinatoria, pero no sólo él, sino que el art. 63.1 LEC incluye además a “*los que puedan ser parte legítima en el juicio*”. Mediante esta dicción, el precepto confiere potestad para plantear la declinatoria a aquellas personas que acrediten tener un interés legítimo y directo en el proceso. Por ejemplo, es el supuesto que se plantea en el art. 15 LEC de un consumidor o usuario que interviene en un proceso, aunque éste ya se haya iniciado, al tener un interés legítimo en el resultado y querer defender sus derechos en relación con el objeto litigioso. También es posible que la intervención en el proceso sea provocada (art. 14 LEC), en cuyo caso el tercero interviniente tendrá los mismos derechos de defensa que aquella parte que lo ha llamado. De este modo, si el que ha solicitado su aparición en el proceso es el demandado, el nuevo demandado provocado tendrá también derecho a presentar una declinatoria.

47. La declinatoria se interpondrá ante el mismo tribunal que está conociendo del pleito y que, en opinión del demandado, carezca de jurisdicción o competencia (art. 63.2 LEC). Sin embargo, la Ley también permite que la declinatoria se presente ante el tribunal del domicilio del demandado, para que éste la haga llegar lo más rápido posible al tribunal que conoce del pleito.

48. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ indican que la declinatoria no se puede proponer como parte de la contestación a la demanda, sino como un incidente de previo pronunciamiento y, necesariamente, dentro del plazo de los diez primeros días para contestar a la demanda o en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista, cuando se trate de juicio verbal (art. 64.1 LEC). Ambos autores enumeran varios supuestos de planteamiento de la declinatoria que serían incorrectos. El primero de ellos es cuando se plantea la falta de competencia como un fundamento de Derecho en la oposición pues, ni es el cauce correcto para alegar tal hecho, y en cierto modo el demandado ya se habría sometido a los tribunales españoles al realizar la contestación³³.

49. El segundo supuesto, y el más obvio, es que se proponga la declinatoria pasado el plazo concedido para su interposición, en cuyo caso se inadmitirá³⁴. La falta de competencia tampoco se podrá alegar en el acto del juicio, por no ser el momento procesal oportuno para ello³⁵. Finalmente, si el demandado contesta a la demanda en vez de presentar la excepción de la declinatoria por falta de competencia y, ni siquiera en la oposición alega esta carencia, se entenderá que ha habido sumisión por su parte a los tribunales españoles³⁶.

50. Por tanto, lo primero que debe hacer el demandado es buscar un experto en Derecho Internacional Privado que conozca el mecanismo de la declinatoria internacional y, después, alegar la incompetencia de los tribunales para conocer del litigio en el tiempo y forma oportunos. Además, deberá incluir en la declinatoria qué tribunales son los realmente competentes en base a las normas aplicables al supuesto.

IV. Conclusiones

51. Gracias al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto de estudio en el presente trabajo se han podido analizar figuras jurídicas más tradicionales en la práctica internacional, como la

³³ Sentencia del Tribunal Supremo 6562/2005, de 27 de octubre de 2005, FJ 1 (ECLI:ES:TS:2005:6562)

³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 5149/2008, de 8 de julio de 2008, FJ 2 (ECLI:ES:APB:2008:5149A)

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 8871/2009, de 29 de septiembre de 2009, FJ 1 (ECLI:ES:APB:2009:8871)

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 253/2012, de 6 de junio de 2012, FJ 1 (ECLI:ES:APGI:2012:253)

compraventa de mercaderías internacional, pero también algunas más novedosas como la contratación a través de Internet. Además, también se ha analizado la dualidad consumidor-empresario y cuáles son las características necesarias para poder encajar a un sujeto dentro de uno u otro término y la importancia que ello reviste a la hora de determinar la legislación aplicable. Del examen de todos estos aspectos y del texto del auto se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Primera. La determinación de qué tribunales tienen realmente competencia todavía presenta dudas para algunos, ya que para poder determinarla primero se deben esclarecer algunos hechos vinculantes al litigio. En este caso, si bien para el Juzgado de Primera Instancia resultaba obvio que eran los tribunales alemanes los que tenían competencia para conocer del asunto, lo cierto es que para la Audiencia Provincial eso no estaba tan claro. Eso se debe a que el tribunal interpretó que el comprador había actuado como consumidor y el vendedor como empresario, lo que le llevó a emplear la normativa aplicable a consumidores y determinar la competencia de los tribunales españoles. Pero la Audiencia no justifica en absoluto qué criterios ha utilizado para determinar que el comprador actuó realmente como consumidor y no como profesional. Las posibles razones que se pueden pensar es que lo haya determinado así en un afán injustificado de proteccionismo y que, en caso de duda, haya decidido aplicar las normas de consumidores para proteger los intereses del consumidor; o que haya aplicado esas normas porque son las que dan competencia a los tribunales españoles. En el primero de los casos no actúa de una manera justa, pues los tribunales deben velar por los derechos de todos los justiciables y el vendedor también tiene derechos, que con esta calificación caprichosa y aventurada se vulneran. Además, en el propio auto la Audiencia señala que en una factura se califica al comprador como profesional y que nada obsta que así se pruebe en una fase procesal posterior. La determinación de una persona como consumidora se basa en cuestiones objetivas, no subjetivas de la persona, por lo que deben darse una serie de características para poder darle el trato y las facilidades que la legislación de consumidores ofrece. En caso de duda, debería realizar una investigación más pormenorizada o abstenerse de hacer un pronunciamiento al respecto y no calificar tan abiertamente una cuestión que reviste tanta importancia, ya que de ello depende que sean unos u otros tribunales los que vayan a conocer del supuesto.

Segundo. El segundo motivo que puede conducir a la Audiencia a declarar aplicable la legislación de consumo es que se quiera atribuir competencia a los tribunales españoles a toda costa. Los foros de competencia existen para que sea el tribunal con más cercanía a la cuestión litigiosa el que conozca del asunto. De esta manera, el juzgador tiene más inmediatez para conocer los detalles del caso que un tribunal que no tiene conexiones de ningún tipo con el contrato, el objeto contractual o el lugar de cumplimiento de las obligaciones. En el auto se señala que una factura se presenta en alemán, que el lugar de entrega y cumplimiento del vehículo era en Alemania, extremo que tampoco se discute, y que el contrato se firmó en dicho Estado miembro. Sin embargo, la Audiencia Provincial todavía cree que las conexiones con el Estado alemán son insuficientes y que es el español el que tiene competencia para conocer ya que una parte, a la que ella misma califica por su obra y gracia de consumidora, tiene nacionalidad española. Como resultado, la Audiencia vicia la naturaleza de la norma al hacer uso de ella a través de un razonamiento jurídico nulo por ser inexistente. Ha tergiversado y manipulado la función de los foros de competencia para convertir un foro de protección de los sujetos más vulnerables, en un foro exorbitante que le otorga competencia a unos tribunales que son incompetentes. Es más, el hecho de asegurarse de que sean los tribunales españoles los que conozcan del litigio, tampoco asegura que la ley aplicable sea la española, pues competencia judicial internacional y ley aplicable son dos ámbitos distintos. De este modo, si la normativa alemana fuese la aplicable, la Audiencia obligaría a un juzgador español a estudiar una normativa que no es la suya y a ambas partes a probar el Derecho alemán, lo cual sumaría más gastos y dificultades al proceso de los que son realmente necesarios. Lo mejor es hacer un buen uso de las leyes y ser objetivos en las decisiones. España tiene muchas cosas, pero la competencia judicial internacional no es siempre una de ellas.

Tercero. Un repaso a la normativa procesal española por parte de la Audiencia de vez en cuando no estaría de más. Nuevamente se vuelve a esa inexplicable sobreprotección del tribunal hacia el comprador, al que protegen y cuidan al extremo de una forma totalmente arbitraria. Han decidido que es él a quien deben envolver bajo su manto protector y mimarlo como si de un hijo se tratase por encima de todo lo demás, incluidas las normas procesales españolas. Por este motivo han obviado también los

preceptos que versan sobre la carga de la prueba y han decidido imponer al vendedor que pruebe lo improbable. Un contrato a través de Internet es un contrato a distancia entre ausentes y todo aquello no regulado por la ley especial debe buscarse en la ley general. Por tanto, si la normativa especial no indica nada en cuanto a carga de la prueba, se aplicarán las normas nacionales generales. Como regla general cada parte deberá probar todo aquello que utilice como fundamento para defender sus intereses, salvo aquellos casos en que sea la otra parte la que tenga más facilidad para acceder a esa información. Sin embargo, lo que no se puede hacer es imponer una carga de la prueba inventada y además invertirla, de manera que sea el vendedor el que pruebe la manera en que el comprador tuvo conocimiento de su oferta. Es más, la función del tribunal es realizar un examen de competencia, no deciden sobre el asunto, por lo que no le pueden exigir al vendedor que pruebe y justificar la atribución de competencia en la ausencia de esa prueba. Ahora bien, lo que sí deberían haber hecho es ignorar la alegación realizada por el demandante de que la demandada dirigía su actividad a España, pues no lo prueba ni fundamenta lo más mínimo y tenía obligación de hacerlo. Sin embargo, la Audiencia contesta muy audazmente y dice que esa falta de pruebas no debería justificar la falta de jurisdicción. Aunque lo cierto es que sí debería hacerlo. De toda la actuación de la Audiencia Provincial sólo se puede concluir que parece que se quiere “agarrar a un clavo ardiendo” y utiliza cualquier excusa posible para justificar la atribución de competencia a los tribunales españoles.

La falta de notificación del certificado previsto en el Artículo 53 del Reglamento Bruselas I bis como motivo de denegación de la ejecución

The lack of service of the certificate established in Article 53 of the Brussels I bis Regulation as a ground for refusal of enforcement

JAVIER PÉREZ FONT

Asesor (Defensor del Pueblo de Navarra). 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: 26.06.2022 / Aceptado: 20.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7241

Resumen: Instada la ejecución en España de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía en los Países Bajos, el demandado se opone a dicha ejecución alegando tres motivos: la falta de notificación del certificado previsto en el artículo 53 del Reglamento Bruselas I Bis antes de haberse adoptado la primera medida de ejecución; la falta de notificación de la sentencia con anterioridad a instarse su ejecución; y, la interposición de un recurso frente a la sentencia en el Estado de origen.

Palabras clave: Primera medida ejecutiva, Notificación del certificado, Notificación de la cédula de emplazamiento, Título Ejecutivo Europeo.

Abstract: Sought the enforcement in Spain of a default judgment granted in the Netherlands, the defendant invokes three grounds for its refusal: the lack of service of the certificate issued pursuant to article 53 of Brussels I Bis Regulation prior to the first enforcement measure; the lack of service of the judgment prior to its enforcement; and, the challenge of the judgment in the State of origin.

Keywords: First enforcement measure, Service of the certificate, Service of the document which instituted the proceedings, European Enforcement Order.

Sumario: I. Hechos. II. ¿Es el Reglamento Bruselas I Bis la norma aplicable a la ejecución? III. Análisis de la argumentación de la Audiencia para rechazar los motivos de oposición alegados por el ejecutado: 1. La falta de notificación del certificado antes de la primera medida de ejecución; 2. La falta de acreditación de la notificación de la sentencia con anterioridad a la ejecución; 3. La interposición de un recurso frente a la sentencia cuya ejecución se insta. IV. Conclusiones.

I. Hechos

1. El 12 de noviembre de 2018 un órgano judicial neerlandés dictó en rebeldía sentencia mediante la cual condenó a un particular al pago de un total de 211.323,64 euros a la mercantil Capaz B.V.

Subsiguientemente, ante la falta de pago voluntario, la mercantil instó la ejecución de dicha sentencia ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Martorell. Despachada la ejecución, el eje-

cutado se opuso a la misma alegando dos infracciones del Reglamento Bruselas I Bis¹: una del artículo 43(1), por no habersele notificado el certificado expedido por el juzgado neerlandés antes de la primera medida de ejecución; y, otra del artículo 45(1), por no haber acreditado el ejecutante que la sentencia había sido notificada al ejecutado.

Sendos motivos de oposición fueron desestimados por el Juzgado, que ordenó seguir adelante con la ejecución².

2. Frente a esta decisión, el ejecutado planteó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona³. Este recurso se asentaba sobre una acumulación eventual de pretensiones: por un lado, por los motivos ya alegados en la primera instancia, las infracciones de los artículos 43(1) y 45(1) del Reglamento Bruselas I Bis, el apelante pedía la enmienda de la decisión del Juzgado de Martorell y, consiguientemente, la denegación de la ejecución de la sentencia dictada en los Países Bajos; y, por otro lado, subsidiariamente, el apelante pedía la suspensión de la ejecución por la interposición de un recurso en el Estado de origen frente a dicha sentencia.

Como veremos a continuación, amparándose en lo previsto en la Disposición Final Vigésima Quinta de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴ (LEC, de aquí en adelante), la Audiencia Provincial concluirá que no existen las infracciones de los artículos 43(1) y 45(1) del Reglamento Bruselas I Bis alegadas por el apelante⁵. Asimismo, en la medida en que el recurso planteado frente a la sentencia ya había sido desestimado por los tribunales neerlandeses, la Audiencia Provincial concluyó que la petición subsidiaria de suspensión de la ejecución había quedado vacía de contenido⁶.

II. ¿Es el Reglamento Bruselas I Bis la norma aplicable a la ejecución?

3. Antes de examinar el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona para rechazar los motivos alegados por el apelante, cabe reflexionar si el Reglamento Bruselas I Bis es el marco normativo que debe aplicarse a una ejecución “instrumentada por vía del título ejecutivo europeo”⁷ de una sentencia neerlandesa dictada en rebeldía.

A este respecto, la Audiencia Provincial de Barcelona comienza afirmando que la normativa aplicable en materia de ejecución de títulos extranjeros está constituida por el Reglamento 805/2004⁸ y el Reglamento Bruselas I Bis⁹. A pesar de ello, posteriormente, todo el análisis del asunto se hace al amparo del Reglamento Bruselas I Bis, conteniéndose únicamente una referencia un tanto confusa al Reglamento 805/2004¹⁰.

¹ 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.

² Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Martorell 164/2019, de 19 de noviembre.

³ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre.

⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero.

⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre, FD 2, párrafos II-IV.

⁶ *ibidem*, FD 2, párrafo V.

⁷ *ibidem*, FD 1, párrafo I.

⁸ Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados DOUE L143, de 30 abril 2004, p.15.

⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre, FD 2, párrafo I.

¹⁰ “La aportación de aquella documentación ya se exigía en el artículo 20.2 de Reglamento de 2004 en términos prácticamente idénticos: ‘Se requerirá al acreedor que facilite a las autoridades competentes para la ejecución del Estado miembro donde deba llevarse a efecto la misma: a) una copia de la resolución que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad; y b) una copia del certificado de título ejecutivo europeo que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad (...)’” (énfasis añadido) [Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre, FD 2, párrafo III]. De la combinación del análisis previo del Reglamento Bruselas I Bis y de la fórmula “ya se exigía en el (...) Reglamento de 2004” podría colegirse que la Audiencia Provincial considera al Reglamento 805/2004 como una especie de antecesor del Reglamento Bruselas I Bis, lo cual sería erróneo.

4. Históricamente, en relación con las sentencias en materia civil y mercantil y el exequatur, podemos distinguir tres fases¹¹: en un primer término, el Convenio de Bruselas de 1968 exigía un exequatur mediante el control de requisitos procesales¹²; posteriormente, el Reglamento Bruselas I¹³ pasó a exigir un exequatur de plano¹⁴; y, finalmente, el Reglamento Bruselas I Bis ha eliminado el exequatur.

Teniendo esto en mente, resulta fácil apreciar el adelanto que supuso en su momento el Reglamento 805/2004, pues éste tiene por finalidad posibilitar que, previa certificación como Título Ejecutivo Europeo, una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro pueda ser ejecutada en el resto de Estados miembros sin necesidad de exequatur¹⁵, lo que, como hemos visto, no resultaba posible en el marco del Reglamento Bruselas I, la normativa comunitaria que con carácter general regulaba la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil vigente en el momento de la entrada en vigor del Reglamento 805/2004¹⁶.

A pesar de que, al igual que el Reglamento 805/2004, el actual Reglamento Bruselas I Bis no requiere el exequatur, no deben confundirse ambos Reglamentos, pues las normas aplicables en uno y otro caso son diferentes. Así, por ejemplo, en el caso de España, mientras en el marco del Reglamento 805/2004 únicamente resultaría operativo un motivo para la denegación de la ejecución¹⁷,

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRACOSA 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 688.

¹² En relación con la ejecución, el artículo 31(1) del Convenio de 1968 comenzaba estableciendo que las resoluciones “dictadas en un Estado contratante que allí fueran ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratando cuando, a instancia de cualquier parte interesada, *se hubiere otorgado su ejecución en este último*” (énfasis añadido). Posteriormente, el artículo 34 determinaba que, no pudiendo en ningún caso revisarse materialmente la resolución cuya ejecución se buscaba, el órgano frente al que se solicitase el otorgamiento de la ejecución podría denegarlo por alguno de los motivos previstos en los artículos 27 y 28 del Convenio, que contemplaban los motivos por los cuales se podía denegar el reconocimiento de una sentencia, los cuales abarcaban desde la contrariedad del orden público, a la indefensión del ejecutado, la contradicción entre resoluciones, el desconocimiento de reglas de derecho internacional privado del Estado requerido en materia de capacidad, regímenes matrimoniales, testamentos o sucesiones, o la inobservancia de las reglas de competencia en materia de seguros, contratos celebrados por los consumidores o en competencias exclusivas. Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRACOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado: Volumen I*, Comares, Granada, 2007, p. 362.

¹³ Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DOCE L12, de 16 de enero de 2001, p. 1.

¹⁴ En el modelo “*exequatur de plano*”, la autoridad requerida se limita a verificar la regularidad formal del documento para evitar falsificaciones [A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRACOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...* op.cit., p. 328]. Este modelo es el que se siguió por el Reglamento Bruselas I, cuyo artículo 41 establecía que, una vez cumplidas las formalidades del artículo 53 –es decir, una vez presentada una copia auténtica de la resolución y el correspondiente certificado expedido por la autoridad competente del Estado en que se hubiera dictado aquélla–, se otorgaría inmediatamente la ejecución, sin proceder al examen de la concurrencia de los motivos de denegación del reconocimiento de una sentencia previstos en los artículos 34 y 35. Como se puede observar, frente a lo previsto en el Convenio de 1968, el Reglamento Bruselas I no contempla la posibilidad de que el *exequatur* se deniegue como consecuencia de la concurrencia de los motivos que darían lugar a la denegación del reconocimiento de la sentencia. Este mismo modelo se sigue en el Convenio de Lugano de 2007 –Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007, p. 1–, por lo que todavía regirá la ejecución por parte de los órganos judiciales españoles de las sentencias en materia civil y mercantil dictadas en Dinamarca, Suiza, Islandia y Noruega.

¹⁵ En este sentido, el artículo 5 del Reglamento 805/2004 es taxativo al prever que: “Una resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento”. Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRACOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado: Tomo I*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 846

¹⁶ De hecho, la intención del Reglamento 805/2004 de superar al Reglamento Bruselas I se reconoce expresamente en su Considerando 9, en que se afirma que el procedimiento contenido en el Reglamento 805/2004 “debe ofrecer importantes ventajas respecto al procedimiento de exequatur contenido en el [Reglamento Bruselas I] (...)”. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2006, párrafo 50.

¹⁷ Los motivos de denegación de la ejecución se contemplan en los artículos 21 y 22 del Reglamento 805/2004. Dado que España no celebró antes de la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I acuerdo alguno amparable en el artículo 59 del Convenio de Bruselas de 1968, el motivo de denegación previsto en el artículo 22 resulta irrelevante a efecto de la ejecución de títulos ejecutivos europeos en España. En cambio, sí será relevante el previsto en el artículo 21, según el cual una autoridad judicial española debe denegar la ejecución cuando la resolución certificada como título ejecutivo europeo sea incompatible con una resolución dictada con anterioridad en España o en un tercer país, siempre que: (a) la resolución anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes; y, (b) la resolución anterior se haya dictado en España o cumpla las condiciones necesarias para ser reconocida en España; y, (c) no se haya alegado y no haya podido alegarse la incompatibilidad para impugnar el crédito durante el procedimien-

en el marco del Reglamento Bruselas I Bis resultarían aplicables todos los previstos en el artículo 45¹⁸.

5. La aplicabilidad del Reglamento 805/2004 a una resolución viene condicionada por la necesidad tanto de que sea sobre créditos no impugnados¹⁹, como de que haya sido certificada como Título Ejecutivo Europeo en el Estado de origen²⁰.

El concepto de “*crédito no impugnado*” está definido en el propio Reglamento. Así, a sus efectos, se entenderá como no impugnado un crédito cuando nos encontremos en alguna de las situaciones tasadas en el artículo 3(1), entre las cuales podemos encontrar la rebeldía del demandado, siempre que ésta “equivalga a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen”²¹.

Por otro lado, la certificación de la resolución como Título Ejecutivo Europeo no resulta libre, sino que viene condicionada al cumplimiento acumulativo de los requisitos previstos en el artículo 6(1) del Reglamento:

- (1) La resolución debe ser ejecutiva en el Estado de origen.
- (2) La resolución no debe ser incompatible con las normas de competencia establecidas en las secciones 3 y 6 del capítulo II del Reglamento Bruselas I, es decir, con las normas en materia de seguros²² y las normas sobre competencias exclusivas²³.
- (3) En el caso de que el deudor nunca hubiera impugnado el crédito²⁴ o se encontrara en rebeldía²⁵, deben haberse observado durante el procedimiento del que trae causa la resolución certificada las normas previstas en el Capítulo III del Reglamento 805/2004.
- (4) En el caso de que el deudor sea un consumidor, éste debe tener su domicilio en el Estado de origen de la resolución.

En el caso que nos ocupa, tratándose de una sentencia dictada en rebeldía y mediante la cual se condena al ejecutado al pago de una cantidad de dinero, a efectos del Reglamento 805/2004, parece que se cumple con el requisito de que la resolución sea sobre un crédito no impugnado.

No obstante, el cumplimiento del requisito de la certificación de la resolución como Título Ejecutivo Europeo resulta algo más complejo de determinar, pues si bien la Audiencia Provincial de Barcelona comienza el auto diciendo que se trata de una ejecución “instrumentada por vía del título ejecutivo europeo”, lo que podría dar a entender que nos encontramos con un Título Ejecutivo Europeo en el sentido del Reglamento 805/2004; posteriormente, en cambio, toda referencia a la certificación de la resolución se hace en relación con el Reglamento Bruselas I Bis, lo que indicaría que la fórmula “*título ejecutivo europeo*” se utiliza por la Audiencia Provincial de Barcelona en un sentido amplio, mediante el cual se estaría aludiendo a la consideración de que se trata de un título ejecutivo con origen en un Estado miembro de la Unión Europea, no a una resolución con fuerza ejecutiva en su Estado de origen que, tras su certificación, hubiera devenido en un Título Ejecutivo Europeo en el sentido del Reglamento 805/2004.

to judicial en el Estado miembro de origen. Ver: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El Título Ejecutivo...*, op.cit., párrafo 127; C. SENÉS MOTILLA, “El Título Ejecutivo Europea para crédito no impugnados” en *Derecho Procesal Civil Europeo: Volumen III*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 104; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos No Impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005, p.191; J. PÉREZ FONT, “Suspensión de la ejecución de un título ejecutivo europeo tras la admisión a trámite de un recurso de apelación contra la sentencia certificada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 13, Número 1, pp. 1028-1033, p. 1032.

¹⁸ Artículo 46 del Reglamento Bruselas I Bis.

¹⁹ Artículo 3(1) del Reglamento 805/2004.

²⁰ Artículo 5 del Reglamento 805/2004.

²¹ Artículo 3(1)(c) del Reglamento 805/2004.

²² Actualmente, sección 3 del capítulo II del Reglamento Bruselas I Bis.

²³ Actualmente, sección 6 del capítulo II del Reglamento Bruselas I Bis.

²⁴ Artículo 3(1)(b) del Reglamento 805/2004.

²⁵ A efectos de España, en relación con la certificación como Título Ejecutivo Europeo de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), resulta imprescindible la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2020, de 24 de febrero.

Dado que no tenemos suficientes elementos de juicio para determinar si la Audiencia Provincial de Barcelona erróneamente aplicó el Reglamento Bruselas I Bis cuando debería haberse aplicado el Reglamento 805/2004, en el presente trabajo se va a asumir que la Audiencia Provincial de Barcelona actuó correctamente y que no había lugar a la aplicación del Reglamento 805/2004 porque el ejecutante no instó la ejecución de un Título Ejecutivo Europeo, sino de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía que fue certificada conforme a lo previsto en el artículo 53 del Reglamento Bruselas I Bis.

III. Análisis de la argumentación de la Audiencia para rechazar los motivos de oposición alegados por el ejecutado

6. Como se ha indicado al exponer los hechos del caso, en segunda instancia, el ejecutado solicitó en primer término la denegación de la ejecución por 2 supuestas infracciones del Reglamento Bruselas I Bis: una del artículo 43(1), por no haberse notificado el certificado expedido por el juzgado neerlandés antes de la primera medida de ejecución; y, otra del artículo 45(1), por no haber acreditado el ejecutante que la sentencia había sido notificada al ejecutado. Adicionalmente, para el supuesto de que ninguno de estos motivos prosperase, solicitaba la suspensión del proceso de ejecución al haberse planteado un recurso ante las autoridades judiciales de los Países Bajos contra la sentencia objeto de ejecución.

1. La falta de notificación del certificado antes de la primera medida de ejecución

7. Para poder instarse la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro, el artículo 42(1) del Reglamento Bruselas I Bis establece que el ejecutante debe facilitar a las autoridades competentes de la ejecución dos documentos: por un lado, una copia de la resolución²⁶; y, por otro lado, el certificado expedido conforme al artículo 53 del Reglamento²⁷.

A fin de asegurar el carácter bilateral o contradictorio del procedimiento de ejecución²⁸, el artículo 43(1) del Reglamento prevé que, presentados los documentos previstos en el artículo 42(1) y, por tanto, instada la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro, se notificará el certificado al ejecutado antes de la primera medida de ejecución.

El principal problema en relación con este requisito es el concepto de “*primera medida de ejecución*”, respecto del cual el Reglamento se limita a establecer en su Considerando 32 que, debiendo mediar un tiempo razonable entre la notificación del certificado y la primera medida de ejecución, se entenderá por ésta la primera medida después de la notificación del certificado.

En la medida en que, en todo lo no previsto expresamente en el Reglamento, la ejecución de las resoluciones dictadas en otros Estados miembros se regirá por lo dispuesto en la legislación del Estado en que se insta la ejecución de la resolución²⁹, será la *lex fori* la que permitirá determinar con mayor precisión que se debe entender como “*primera medida de ejecución*”.

A este respecto, el apartado (3)(1^a) de la Disposición Final Vigésima Quinta de la LEC prevé que, a los efectos del artículo 43(1) del Reglamento, “antes de adoptar la primera medida de ejecución, cuando el ejecutante no acredite que ya se ha notificado el certificado previsto por el artículo 53 y la resolución extranjera a la persona contra la que se inste la ejecución, habrá de notificársele a ésta uno u otra, o en su caso ambos, junto con el auto que despacha la ejecución”.

8. En el caso que nos ocupa, el ejecutante presentó la demanda ejecutiva acompañada de la sentencia neerlandesa, del certificado previsto en el artículo 53 del Reglamento, así como de las traduc-

²⁶ Artículo 42(1)(a) del Reglamento Bruselas I Bis.

²⁷ Artículo 42(1)(b) del Reglamento Bruselas I Bis.

²⁸ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRACOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en...* op.cit., párrafo 706. Ver también: Considerando 32 del Reglamento Bruselas I Bis.

²⁹ Artículos 41(1) y 47(2) del Reglamento Bruselas I Bis.

ciones de ambos. A continuación, el Juzgado de Primera Instancia despachó la ejecución mediante auto y se procedió entonces tanto a decretar un embargo, como a notificar al ejecutado el auto mediante el que se despachaba la ejecución, al que se acompañó de la resolución neerlandesa y el certificado expedido por las autoridades judiciales de los Países Bajos.

A este respecto el ejecutado aduce que esta forma de proceder constituye una vulneración del artículo 43(1) del Reglamento, a lo que la Audiencia Provincial de Barcelona responde que, en la medida en que se cumplió el literal del apartado (3)(1ª) del la Disposición Final Vigésima Quinta de la LEC, “no aprecia el defecto formal que denuncia el apelante”³⁰.

9. Contrariamente a lo que sostiene la Audiencia Provincial, atendiendo a la combinación de lo previsto en su Considerando 32 y artículo 43(1), sí podría establecerse que existe una vulneración del Reglamento.

Como consecuencia de lo previsto en el apartado (3)(1ª) de la Disposición Final Vigésima Quinta de la LEC, a efectos de la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro en España, el auto mediante el cual se despacha la ejecución no se considera una medida de ejecución a efectos del artículo 43(1); no obstante, el embargo decretado subsiguientemente sí que tendría esa consideración y, por tanto, atendiendo a lo previsto en el Considerando 32 del Reglamento, entre el acto de notificación del auto –acompañado de la resolución y el certificado– y el decreto del embargo debería mediar un tiempo razonable, lo que no ocurrió en el presente caso, pues el auto y el embargo se adoptaron de manera simultánea³¹.

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, cabe también indicar que este error de índole formal podría considerarse un mero “*pecado venial*”, pues desde una perspectiva material, no impidió en momento alguno al ejecutado oponerse a la ejecución y, por tanto, en todo momento la ejecución respeto el principio de bilateralidad o contradicción de las partes.

2. La falta de acreditación de la notificación de la sentencia con anterioridad a su ejecución

10. El Reglamento Bruselas I Bis prevé que, a instancia del ejecutado, se denegará la ejecución cuando se alegue y pruebe la concurrencia de alguno de los motivos previstos en su artículo 45, entre los que se encuentra la falta de notificación al rebelde de la “cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido dicha sentencia cuando pudo hacerlo”³².

11. En el caso que nos ocupa, el ejecutado, que fue condenado estando en rebeldía, alega que la ejecución de la sentencia neerlandesa debería ser denegada porque el ejecutante no ha acreditado que la sentencia le haya sido notificada con anterioridad a la ejecución.

Como acertadamente apunta la Audiencia Provincial de Barcelona, este motivo no puede ser estimado.

12. Contrariamente a lo que alega el ejecutado, el artículo 45 del Reglamento no contempla como motivo de denegación de la ejecución la falta de notificación de la sentencia, sino de la “cédula de emplazamiento o documento equivalente”.

Esto es lógico pues lo que en última instancia se persigue con este motivo de denegación de la ejecución es asegurarse de que no se ejecuta una resolución que derive de un procedimiento en que, no habiéndosele notificado debidamente la existencia del mismo, el ejecutado no tuvo una oportunidad real de comparecer y alegar cuánto estimara oportuno para su defensa.

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre, FD 2, párrafo II.

³¹ Esto se desprende del propio auto de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando dice: “Con independencia de que pueda discutirse si la ‘primera medida de ejecución’ se corresponde con el embargo acordado al despacharse la ejecución” (énfasis añadido) [Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 10229/2021, de 26 de octubre, FD 2, párrafo II].

³² Artículo 45(1)(b) del Reglamento Bruselas I Bis.

Asimismo, por si esto fuera poco, tal y como demostró el ejecutado en su respuesta a la oposición planteada por el ejecutado a la ejecución, a través de una comisión rogatoria, la demanda que el ejecutado presentó ante los órganos judiciales de los Países Bajos sí le fue notificada de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

En consecuencia, este motivo de oposición no podría prosperar, pues la norma no habla de notificación de la sentencia, sino de la cédula de emplazamiento y ésta sí había sido notificada de forma tal y con tiempo suficiente para poder comparecer ante los tribunales del Estado de origen y defenderse.

3. La interposición de un recurso frente a la sentencia cuya ejecución se insta

13. Finalmente, de manera subsidiaria a la su denegación, el ejecutado solicita la suspensión de la ejecución por encontrarse en el momento de la interposición del recurso de apelación frente a la Audiencia Provincial de Barcelona en trámite ante las autoridades judiciales de los Países Bajos un recurso contra la sentencia.

14. El artículo 51(1) del Reglamento Bruselas I Bis prevé que se podrá suspender el procedimiento de ejecución si “se ha presentado un recurso ordinario contra la resolución en el Estado miembro de origen”.

En la medida en que en el momento de dictarse el auto, los órganos judiciales neerlandeses ya habían desestimado el recurso ordinario presentado frente a la sentencia, el motivo para pedir la suspensión de la ejecución ya había decaído y, por tanto, como señala la Audiencia Provincial en su auto, no había ni siquiera lugar a examinar si cabría o no ejercer la facultad de suspender la ejecución prevista en el artículo 51 del Reglamento.

IV. Conclusiones

15. Instada la ejecución de una sentencia condenatoria dictada en rebeldía del ejecutado en los Países Bajos, éste se opone a la misma alegando infracciones del artículo 43(1) y 45(1) del Reglamento Bruselas I Bis. Por si la oposición no prosperase, eventualmente insta la suspensión de la ejecución por estar tramitándose un recurso ordinario frente a dicha sentencia ante los órganos judiciales neerlandeses.

16. Con objeto de asegurar el carácter bilateral o contradictorio del procedimiento de ejecución, el artículo 43(1) del Reglamento prevé que, habiéndose instado la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro, se debe haber notificado el certificado de la sentencia antes de haberse adoptado la primera medida de ejecución.

Siendo la “*primera medida de ejecución*” un concepto un tanto ambiguo, para poder definirlo debemos atender tanto a la *lex fori*, que regulará el procedimiento de ejecución en todo lo no previsto expresamente por el Reglamento, como al Considerando 32 del Reglamento, que, por un lado, la identifica con la primera adoptada después de haberse notificado el certificado, y, por otro lado, exige que entre el acto de notificación del certificado y la adopción de la medida medie un tiempo razonable.

A efectos de España, el apartado (3)(1^a) de la Disposición Final Vigésima Quinta de la LEC deja claro que el auto mediante el que se despacha la ejecución no se considerará una medida de ejecución en el sentido del artículo 43(1) del Reglamento Bruselas I Bis; sin embargo, sí que tendría esta consideración el embargo que se decretare subsiguientemente.

Por ello, dado que, en el caso, la adopción del auto de ejecución y la medida del embargo fueron simultáneas, no habría mediado entre el acto de notificación del certificado y el embargo el tiempo razonable que exige el Considerando 32 y, por tanto, contrariamente a lo que sostiene la Audiencia Provincial de Barcelona, si podría estimarse una vulneración del Reglamento Bruselas I Bis de índole meramente formal, pues no habría afectado materialmente a la capacidad de defensa del ejecutado, como demuestra el hecho de que se opusiera a la ejecución en primera y segunda instancia.

17. En cambio, el segundo de los motivos alegados por el ejecutado, la falta de notificación de la sentencia con anterioridad a instarse su ejecución, como argumenta la Audiencia Provincial en su auto, no puede admitirse por dos motivos: por un lado, porque el artículo 45(1)(b) del Reglamento no habla de la falta de notificación al rebelde de la sentencia, sino de la cédula de emplazamiento o documento equivalente; y, por otro lado, porque, según demostró el ejecutante, el ejecutado sí fue notificado de manera de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

18. Finalmente, en relación con la petición de suspensión del procedimiento ejecutivo, habida cuenta de que, en el momento de dictarse el auto por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona, las autoridades judiciales neerlandesas ya habían rechazado el recurso ordinario planteado frente a la sentencia cuya ejecución se buscaba, no cabía siquiera la oportunidad de examinar si había lugar o no ejercer la facultad prevista en el artículo 51(1) del Reglamento Bruselas I Bis.

Sumisión tácita, control de la competencia y compabilidad entre instrumentos jurídicos en litigios de compensación a pasajeros por cancelación de vuelo contra aerolíneas: Comentario sobre el auto C- 9/2022 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de la Coruña

Submission by appearance, examination as to jurisdiction and compatibility among legal instruments in compensation claims for cancellation of the flight to passengers against air companies: comments on the court order c 9/2022 of the spanish commercial court sec. 9 Of la coruña

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN
*Lecturer in Law-Research Fellow. Abogada
Geneva Business School/UOC*

Recibido: 01.07.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7240

Resumen: El entramado de varios instrumentos jurídicos para abordar la misma materia puede suscitar confusión en la práctica de cuál debe ser el de aplicación, así como también su posible aplicación simultánea. Esto sucede en la materia de contratos de transporte internacional de pasajeros por aire. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido varios criterios para interpretar la compatibilidad de todos estos instrumentos jurídicos, en particular, sobre los posibles problemas procesales que el instrumento jurídico especial por razón de la materia aparentemente no regule y que los de corte general si regulan. En el Auto que se comenta, existen varias cuestiones importantes que merecen de análisis, como la falta o no de regulación de la sumisión tácita en los instrumentos especiales y el control de la competencia. Por otra parte, se discute la compatibilidad de los instrumentos especiales, cuando el pasajero-demandante invoca las acciones del Reglamento 261/2004 de forma simultánea a las comprendidas en el Convenio de Montreal 1999.

Palabras clave: competencia judicial, cancelación de vuelos, daños, indemnización, pasajeros, transportista, Reglamento 261/2004, Reglamento 1215/2012, Convenio de Montreal 1999, Convenio de Lugano 2007, control de la competencia, sumisión tácita, exclusivo, imperatividad.

Abstract: For certain subjects, there are several legal instruments which coexist together to deal with the same legal issues. This coexistence may lead to confusion for the legal operators which hesitate what is the proper instrument to be applied to the case. This situation usually occurs in air passengers' transportation claims as the operators have, at least, several instruments to seize the jurisdiction and to claim for compensation. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has handled down a seminal case law on the subject, which interpret these relevant aspects relating to the compatibility among the general EU PIL instruments with special Conventions concerning the procedural problems that those have not regulated, such as the submission by appearance. This judicial resolution, subject to the analysis and decreed by a Spanish lower Court navigates on these problems.

Keywords: International jurisdiction, cancelation of flights, passengers, claims, air company, *ex officio*, Regulation 261/2004, Regulation 1215/2012, 1999 Montreal Convention, 2007 Lugano Convention, compatibility, submission by appearance, exclusive, imperative nature.

Sumario: I. Introducción; 1. Particularidades de los contratos de transporte aéreo de pasajeros con elemento extranjero; 2. El supuesto de hecho y el Auto en cuestión; II. La Competencia judicial internacional en reclamaciones por cancelación de vuelos a pasajeros y el instrumento jurídico aplicable al asunto; 1. Consideraciones básicas pero fundamentales para invocar un instrumento jurídico u otro; 2. “Cláusulas de compatibilidad” en los instrumentos jurídicos: los parámetros a tener en cuenta: 2.1. Los problemas de compatibilidad generales: 2.2. Los problemas de compatibilidad entre el Convenio de Montreal 1999 y Bruselas I bis/Lugano 2007; 3. El carácter imperativo de los foros del artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal y los foros del sistema Bruselas I bis/Lugano 2007 para litigios de transporte aéreo de pasajeros; 4. El control de la competencia de los tribunales y las sumisiones del demandado: ¿foros alternativos?; 5. Foros exclusivos y foros imperativos-preclusivos; III. De la importancia sobre el fondo; IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Particularidades de los contratos de transporte aéreo de pasajeros con elemento extranjero

1. La mayor parte de los contratos celebrados entre transportistas (compañías aéreas) y pasajeros, y las reclamaciones por incumplimiento contractual que realizan las compañías aéreas tienen un elemento extranjero, pudiendo denominarles contratos internacionales. Según lo dispuesto en el artículo 1 apartado 2º del del Convenio de Montreal 1999¹. El instrumento clave para sus Estados parte, entre los que se encuentran los Estados miembros.

2. Es habitual que las resoluciones que se comentan sobre los problemas de competencia judicial internacional que nacen de estas relaciones contractuales transfronterizas suelen ser los relativos a la determinación de los lugares donde se tenía que hacer efectiva la obligación (lugar de salida o lugar de llegada o el lugar de tránsito)², como los posibles foros de competencia judicial internacional para demandar al transportista.

Y al margen donde se encuentra su domicilio social. Cuando se aplica en estos supuestos, el Reglamento Bruselas I bis³, en vez del instrumento especial por razón de la materia, el Convenio de Montreal 1999⁴.

3. Así también se comentan por el debate que suscitan debido a la diferencia que existe del tratamiento del pasajero como consumidor en el ámbito del Derecho sustantivo de consumo de la UE y el que recibe, *a sensu contrario* en el ámbito de las normas del Derecho internacional privado patrimonial de la Unión Europea (DIPr patrimonial de la UE). A pesar de ser estos contratos, condiciones generales de la contratación (CGC) celebradas en masa entre los pasajeros como consumidores y las compañías aéreas como profesionales, otorgándoles la categoría de “contratos de consumo” que no tienen en el

¹ Artículo 1 apartado 2º Convenio de Montreal 1999: “Para los fines del presente Convenio, la expresión “transporte internacional” significa todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados parte, bien en el territorio de un solo Estado parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado parte (...)”

² Así en la jurisprudencia del TJUE; STJUE de 13 de febrero de 2020, *Flightright GmbH*, C-606/19 (ECLI:EU:C:2020:101; STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927); J.I. PAREDES PÉREZ, “Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas y mercancías”, *CDT*, Marzo 2019, vol. 11 (1), pp. 478-497; 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 de 2 de abril de 2020: C-271/14), *Flightright GmbH vs. Iberia L.A.E., S.A. Operadora Unipersonal*”, *Diario La Ley Unión Europea*, N° 81, 2020.

³ 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 351/1, de 20/12/2012.

⁴ Instrumento de ratificación del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, *BOE* n°122, de 20 de mayo de 2004; el Convenio de Montreal 1999 se hace efectivo para todos los Estados miembros en el año 2004, aprobado por la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril 2001, sobre la celebración del Convenio para la unificación de ciertas reglas de transporte aéreo internacional, *DOCE* L194, de 18 de junio.

DIPr patrimonial de la UE⁵. Con la única excepción del artículo 17 apartado 3º del Reglamento Bruselas I *bis*, sobre viajes combinados⁶.

4. En este caso, lo que se comentará será lo que el Auto expone de forma muy sucinta acerca del tratamiento de la sumisión tácita en el instrumento que se invocó para la determinación de la competencia judicial internacional (CJI) del tribunal: el Convenio de Montreal 1999. El juzgado consideró que no existe dicho tratamiento en este instrumento, dando lugar a su declaración de oficio como incompetente para conocer del asunto⁷.

El pasajero podría haber invocado en vez del Convenio de Montreal 1999, en base a que basó sus pretensiones en el Reglamento 261/2004, y atendiendo tanto a donde tiene el domicilio social de la compañía como a que el lugar de llegada del vuelo cancelado era Ginebra, las normas del Convenio de Lugano II (2007) para determinar la CJI del tribunal español⁸. O incluso en el ámbito de la sumisión tácita el artículo 26 del Reglamento Bruselas I *bis*. Como se pondrá de relieve.

5. El Convenio de Lugano 2007 y su predecesor (de 1988), son instrumentos “hermanos” del Convenio de Bruselas de 1968 y sus sucesores convertidos en Reglamentos: los Bruselas I, y Bruselas I *bis*⁹. Lo que diferencia al Reglamento Bruselas I *bis* del Convenio de Lugano 2007 es su ámbito de aplicación territorial y personal, que exige que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado contratante (Suiza, Noruega e Islandia y los Estados miembros, como bien se conoce).

A su vez, este acervo de normas del DIPr patrimonial europeo que se ofrecen en materia civil y mercantil de forma amplia, convive o coexiste en materia de contratos de transporte aéreo de pasajeros con el Convenio de Montreal 1999, que también el TJUE ha interpretado en su jurisprudencia que es parte del acervo de normas del DIPr europeo, en cuanto es de obligatoria aplicación para los tribunales de los Estados miembros¹⁰.

⁵ A la luz del informe SCHLOSSER se explica dicha exclusión, que se justifica por la variedad normativa en este ámbito material; SCHLOSSER, “Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on its interpretation by the Court of Justice”, *DOCE* C59/17, de 5 de marzo de 1979, p. 119; Existe una exhaustiva literatura sobre los problemas de esta particular disonancia, pero se recomienda en particular; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *CDT*, Vol. 3, Nº1, 2011, pp.179-194, la autora pone de relieve esta complejidad internacional de fuentes en materia de transporte aéreo de pasajeros que aún era mayor antes de la realización del Convenio de Montreal de 1999, el cual unifica el conocido “Sistema de Varsovia”; B. CHENG, “A New Era in the Law of the International Carriage by Air: From Warsaw (1929) to Montreal (1999)”, *ICLQ*, Vol. 59, 2004, pp.833-859; Z.S.TANG, “Aviation jurisdiction and protección of passengers”, 2010, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/255725642_Aviation_Jurisdiction_and_Protection_of_Passengers/references; S. AREAL LUDEÑA & J.A. FIERRO ABELLA, “La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: “forum shopping” y futuro del Convenio de Montreal 1999. Análisis jurídico y económico”, *Estudios de Deusto*, Vol. 57, Nº1, 2009, pp. 11-86; M. DE OLIVERIRA XAVIER, “El contrato de transporte de personas como contrato de adhesión”, Vol. 12, Nº1, 2011, pp. 153-158; B. FERRER TAPIA, *El contrato aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Dykinson, 2013; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable incorporadas en condiciones generales”, *REDI*, Vol. LXVI, Nº1, 2014, pp. 281-284; *Id.* “Cuestiones de competencia. judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la Unión Europea”, *La Ley Mercantil*, nº49, 2018, pp.1-20.

⁶ Artículo 17 apartado 3º Reglamento Bruselas I *bis*: “La presente aplicación no se aplicará a los contratos de transporte, salvo el caso de los que por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento; STJUE *Flightright y otros*, de 7 de marzo de 2018, C-274/16; C-447/16; C-448/16, (ECLI:EU:C:2018:160).

⁷ Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A).

⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Lugano II), *DOUE*, L 339/3, 21/12/2007.

⁹ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03 (Nuevo Convenio de Lugano), de 7 de febrero de 2006 (ECLI:EU:C:2006:81); Jurisprudencia del TJUE relevante sobre este particular de la interpretación homogénea de los preceptos de Convenio de Lugano 2007 y el Reglamento Bruselas I y ahora I *bis*; STJUE de 19 de diciembre de 2013, *NIPPONKA Insurance*, C-452/12 (ECLI:EU:C:2013:858); J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: la convivencia del Reglamento 1215/2012 con el Convenio de Lugano de 2007”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº3, 2018, pp. 365-423.

¹⁰ STJUE de 10 de enero de 2006, *IATA*, C-344/04 (ECLI:EU:C:2006:10); STJUE de 23 de octubre de 2012, *Nelson y otros*, C-581/10 y C-620/10 (asuntos acumulados) (ECLI:EU:C:2010:657), pp. 55-59; STJUE de 13 de octubre de 2011, *Sousa Rodri-*

Esta coexistencia y compatibilidad entre todos ellos, se reconoce en ambos instrumentos (Bruselas I bis/Convenio Lugano 2007), que han otorgado el beneficio de la primera posición al instrumento especial por razón de la materia¹¹. Ahora bien, el TJUE en su jurisprudencia ha matizado esta relación en estos litigios, definiendo cuando debe aplicarse el especial (Convenio de Montreal 1999) y cuando los generales (Bruselas I bis/Convenio de Lugano 2007) atendiendo a la reclamación de los pasajeros, y los problemas procesales y de fondo que pueden acontecer.

6. Por ello, es muy importante atender al tipo de reclamación y la acción en la que el pasajero fundamente sus pretensiones de compensación por el incumplimiento contractual. De forma más precisa, para poder valorar esta interacción entre instrumentos jurídicos en supuestos transfronterizos como el de autos¹². Sobre todo, si el pasajero – demandante invoca el Convenio de Montreal 1999 de forma conjunta al Reglamento 261/2004¹³.

2. El supuesto de hecho y el Auto en cuestión

7. El Auto no ofrece muchos detalles sobre el supuesto de hecho, pero sí algunos para poder valorar los aspectos relativos al Derecho procesal civil internacional relevantes del caso y de la aplicación que se hizo del Derecho sobre el fondo.

8. Lo que se desprende que sucedió es lo que sigue. Un pasajero que debía coger un vuelo operado por la compañía aérea *EASYJET Switzerland* (con domicilio social en Suiza), desde Santiago de Compostela (España) hacia Ginebra (Suiza) no pudo hacerlo porque la compañía aérea canceló el vuelo. El pasajero interpone la demanda de indemnización por incumplimiento contractual ante los tribunales de Santiago de Compostela (lugar de salida del vuelo) solicitando la compensación económica a tanto alzado del daño real que se permite en el Reglamento 261/2004, porque el vuelo fue cancelado. Por ende, su reclamación estaba fundada en la cancelación del vuelo como infracción contractual de la compañía aérea¹⁴.

9. Se invocó el Convenio de Montreal 1999 por la representación procesal del pasajero-demandante de forma cumulativa a ciertas disposiciones del Reglamento 261/2004. Se hace así porque el Reglamento 261/2004 no contiene normas de competencia judicial como bien reproduce el Auto en su FJ2¹⁵, teniendo que acudir al Convenio de Montreal 1999 que cuenta con determinados foros de competencia judicial internacional para las reclamaciones de tipo civil en esta materia en su artículo 33 apartado 1º.

10. Por último, del Auto se entiende que la demandada, *EASYJET Switzerland*, compareció¹⁶. No ofrece datos si lo que hizo fue comparecer para interponer declinatoria internacional o para some-

guez y otros, C-83/10 (ECLI:EU:C:2011652), pp. 38-41; STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251); STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771), p. 28.

¹¹ P. MANKOWSKI “Chapter VII: Relations with other instruments”, en P. MANKOWSKI & U. MAGNUS (ED.) *ET AL.*, *European Commentaries on Private International law. Commentary Brussels I bis Regulation*, Vol. I, Ottoschmidt 2016, pp. 1020-1100.

¹² STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927), p. 24.

¹³ Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91, *DOUE*, L 46/1, de 17 de febrero 2004; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

¹⁴ Según el artículo 5 del Reglamento 261/2004; STJUE de 7 de abril 2022, Q, R, S c. *United Airlines Inc*, C-561/20 (ECLI:EU:C:2022:266).

¹⁵ Sobre las diferencias entre las acciones del Convenio de Montreal 1999 y el Reglamento 261/2004, R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros”, *InDret*, Nº2, 2007, pp. 3-57; *Id.* *La protección del consumidor en el transporte aéreo de pasajeros*, Bosch, 2018, sobre los derechos sustantivos del pasajero en el ámbito del transporte aéreo, A. PORTO CORTÉS, “Capítulo V. Derechos del usuario del transporte aéreo”, *Manual de Derecho de Consumo*, Lex Nova, 2014.

¹⁶ Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A), FJ 2º: (...) En el caso de autos, el demandado ha comparecido. Pero decir que el Convenio de Montreal no

terse tácitamente. Se considera en este comentario que lo que hizo fue someterse a la CJI del tribunal español, porque el juzgado menciona el tratamiento de la sumisión tácita en el Convenio de Montreal 1999 y el Reglamento Bruselas I *bis*. Y si el demandado comparece para declinar la competencia judicial internacional entonces no operaría el foro de la sumisión tácita de ningún instrumento.

En este sentido, esto solo es una suposición sobre la conducta procesal de la empresa demandada, por los pocos datos que se ofrecen en la resolución. Lo importante y que da lugar a este comentario es que el juzgado entendió que como el Convenio de Montreal 1999 no regula la sumisión tácita, a diferencia del Reglamento Bruselas I *bis* y como no se podía aplicar este último, debía declararse de oficio incompetente según lo dispuesto en el artículo 36.2.2º de la ley rituarial¹⁷. Y esta solución es la que se analiza, atendiendo a que conlleva varios aspectos interesantes en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y la relación entre los convenios especiales por razón de la materia y los generales, y el tratamiento del control de la competencia de oficio por los jueces en determinadas materias.

II. La Competencia judicial internacional en reclamaciones por cancelación de vuelos a pasajeros y el instrumento jurídico aplicable al asunto

1. Consideraciones básicas pero fundamentales para invocar un instrumento jurídico u otro

11. Como se ha comentado, para las reclamaciones que los pasajeros realicen a las compañías aéreas con elemento extranjero, existen varios instrumentos jurídicos que contienen criterios de competencia judicial internacional. En principio, sólo los de corte general (Bruselas I *bis*/Lugano 2007) han regulado de forma expresa, conductas y fenómenos procesales como la sumisión tácita, o la litispendencia y conexidad de procedimientos transfronterizos¹⁸.

12. Para saber cuál es el instrumento internacional adecuado a un caso, en el supuesto que existan varios, y su prelación y mutua exclusión o concurrencia, existen una serie de criterios que deben ser aplicados por los operadores jurídicos en todo caso. Para ello se deben someter las particularidades del supuesto de hecho a los tres ámbitos que toda norma tiene. El ámbito territorial, o espacial, el material y temporal.

13. Con esta “sencilla” pero necesaria operación en todo caso (siguiendo un *case by case approach*) se delimitará y ayudará al operador jurídico a no invocar de forma automática un instrumento jurídico que considera de aplicación sólo porque es el especial con razón de la materia, sin reflexión ninguna. Y faltando de esta forma, a la coherencia querida por el legislador europeo. Una coherencia que debe existir en todos los instrumentos de DIPr europeo, incluyendo los de Derecho convencional que son parte de este acervo¹⁹. Invocar un solo instrumento sin atender al conjunto de todos los existentes

establece sumisión tácita alguna, a diferencia del Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (...).”

¹⁷ Artículo 36 apartado 2º de la LEC: Los tribunales españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna circunstancia siguiente: (2) cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; (3) cuando no comparezca el demandado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

¹⁸ Un panorama general sobre las fuentes del Derecho internacional privado en la materia en particular; E. ÁLVAREZ ARMAS & M. DECHAPS, “Le droit international privé et la protection des passagers: l’articulation des sources européennes et internationales”, *REDC*, 2012, pp. 749-777.

¹⁹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Sección ESTUDIOS, vol. 70, Nº2, 2018, pp. 17-47; J. VON HEIN & G. RÜHL (EDS.), *Kohärenz in Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen 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” en 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

y la lectura completa de los artículos donde se incluyen las “cláusulas de compatibilidad”, es un hecho nada recomendable a realizar por lo ya mencionado. El curso del litigio y su éxito depende de ello.

2. “Cláusulas de compatibilidad” entre instrumentos jurídicos: los parámetros a tener en cuenta

2.1. Los problemas de compatibilidad generales

14. Para resolver los problemas de aplicación y posibles solapamientos que puedan surgir en el entramado de fuentes de tipo convencional y del DIPr europeo, e incluso con aquellas que emanan del acervo del Derecho sustantivo de la UE, se han incluido en todos estos instrumentos jurídicos, las conocidas “cláusulas de compatibilidad” o “de descuelgue” (*disconnection clauses*).

Estas cláusulas están diseñadas al abrigo del principio general del Derecho de la especialidad (*lex specialis derogat lex generali*)²⁰. Por lo tanto, lo que se hace con estas “cláusulas de compatibilidad” es desplazar el instrumento de corte general para que se apliquen los especiales por razón de la materia cuando los Estados miembros de la UE sean parte de éstos y sus normas deban ser aplicadas porque lo requiere el objeto del litigio.

15. Como explica MANKOWSKI, gracias a estas “cláusulas de compatibilidad” en principio, los instrumentos de corte especial no tienen por qué solaparse con el Reglamento Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007, dado que el ámbito material de estos convenios es diferente y especial por la materia que abordan. No obstante, algunos instrumentos aun conteniendo normas de CJI y reconocimiento no tratan todos los problemas procesales que puedan surgir en el curso de un procedimiento. Y a luz de la jurisprudencia el TJUE siguen existiendo problemas de interpretación a tener en cuenta, en particular como han mostrado los instrumentos especiales en materia de transportes²¹.

Por ello, los instrumentos de corte general tampoco tienen porque ser excluidos de aplicación siempre, precisamente porque estas “cláusulas de compatibilidad” salvaguardan su aplicación para determinados aspectos, como es el control de la competencia en caso de no comparecencia de un demandado. Todo ello, siempre y cuando el mismo texto de los Reglamentos o los Convenios especiales por la materia, así lo hayan previsto en sus disposiciones. Por ejemplo, cuando sus normas que contienen sólo foros de competencia judicial internacional remitan a la *lex fori* del Estado de los tribunales que tienen competencia en virtud de estas normas, para dilucidar los aspectos procedimentales no resueltos por la norma de su texto convencional²². O que en los instrumentos de CJI de corte general haya también incisos que ayuden a los jueces de los Estados miembros a saber aplicar uno u otro, en función del problema procesal que acontezca.

16. Al hilo de lo dicho en el párrafo anterior, se destaca que la convivencia entre los instrumentos jurídicos internacionales con los del DIPr europeo, no debe menoscabar los principios y derechos fundamentales del Derecho de la UE. Lo que se conoce como el “TNT Test” (asunto *TNT Netherlands BV*)²³.

²⁰ Como se establecen en particular en el artículo 71 del Reglamento Bruselas I *bis*, y el Título VII del Convenio de Lugano 2007; P. MANKOWSKI, “Chapter VII : Relations with...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI & U. MAGNUS (ED.) ET AL., *European Commentaries on Private International law...*, *op.cit.*, pp. 1020-1021.

²¹ *Ibid.*, p. 1051. Cabe decir que esta jurisprudencia del TJUE ha sido criticada por la Doctrina *ius privatista* por hacer una interpretación quizás en exceso restrictiva de los instrumentos especiales por razón de la materia en materia de transportes.

²² *Ibid.*, pp. 1050-1060: “(...) As a consequence, the Brussels I Regulation is in no way excluded from application if a specialized Convention conferred to in Art. 71 fails to govern a matter dealt with in the provisions of the Regulation or if any specialized Convention referred to in Art. 71 re-refers to the procedural law of the forum State”. The Regulation is excluded from application not in a wholesale manner but only to the extent to the specialized Convention purports to govern a specific matter exclusively”; F.F. GARAU SOBRINO, “Capítulo VII. Artículo 71”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO ET AL., (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) N°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi, 2016, pp. 1066-1084.

²³ *Ibid.*, pp. 1051-1054; y que el autor critica dado que en numerosas ocasiones esta interpretación del TJUE puede menoscabar la seguridad jurídica que se pretende con las “cláusulas de compatibilidad”. Con cita a la relevante STJUE, de 4 de mayo

El TJUE para evitar estas infracciones u otras a los principios supremos del ordenamiento jurídico de la UE, nos ofrece una serie de parámetros a los que someter la aplicación del Convenio internacional en vez del Reglamento Bruselas I *bis*, y aplicar de forma correcta la cláusula de compatibilidad de su artículo 71. Estos instrumentos siendo parte del acervo de normas del DIPr europeo deben ser interpretados no de forma textual, sino de forma teleológica o por su finalidad.²⁴ Así como también en base al principio de la buena fe que se establece en las normas del Derecho internacional público de los tratados.²⁵ No obstante, el desplazamiento que debe hacerse de los Convenios internacionales aun siendo de aplicación se limita a aquellos que tengan un nivel de protección y tutela de las partes inferior al que tenga el Reglamento Bruselas I *bis*, y que hayan sido hechos después del mismo.

Los problemas de compatibilidad entre el Convenio de Montreal 1999 y Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007

17. El problema que parece existir entre la aplicación del Convenio de Montreal 1999 y el acervo de normas Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 que se pueden aplicar en determinados casos a los litigios transfronterizos de transporte aéreo de pasajeros, nace y reside en el alcance del ámbito material del Convenio de Montreal 1999 y las reclamaciones que cubre, si se comparan a su vez con los derechos otorgados por el legislador europeo a los pasajeros en el Reglamento 261/2004.

De hecho, –pone de relieve TANG–, que este es el problema más relevante cuando se quiere determinar muchas veces qué instrumento invocar de forma adecuada. Su convivencia con el Reglamento 261/2004 y la posible interrelación de ambos (Convenio y Reglamento 261) con las normas del Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 sigue siendo conflictivo en muchos casos, y la autora comenta que no existe en la Doctrina un consenso generalizado, a pesar de que la jurisprudencia del TJUE si muestra más uniformidad en este aspecto y ha intentado solucionar estos problemas con sus interpretaciones.²⁶

18. En el ámbito doctrinal de un lado, un sector considera que el Convenio de Montreal 1999 no incluye ni tampoco desarrolla en ninguna de sus disposiciones, ciertas reclamaciones que los pasajeros pueden hacer frente a determinados incumplimientos de las compañías aéreas, ie.: indemnización de daños. Como consecuencia, se debe complementar la reclamación del pasajero con las acciones del Reglamento 261/2007. Así como también es posible la aplicación del instrumento de corte general como el Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 para lo que el Convenio de Montreal 1999 no alcance.

2008, *TNT Netherlands BV c. AXA Versicherung AG*, C-533/08 (ECLI:EU:C:2010.243), donde se vislumbra esta interpretación del artículo 71 del Reglamento Bruselas I *bis* y el test que emana de esta jurisprudencia para poder aplicar los instrumentos internacionales especiales por razón de la materia; así también el caso *Kintra*, STJUE, de 4 de septiembre de 2014, *Kintra UAB*, C-157/13 (ECLI:EU:C:2014:2145), que consolida la jurisprudencia TNT, en un asunto que relacionaba el Reglamento de insolvencia, el Reglamento Bruselas I y el Convenio de transporte por carretera, A. PUETZ, “Rules on Jurisdiction and Recognition or Enforcement of Judgments in Specialised Conventions on Transport in the Aftermath of TNT”, *The European Legal Forum*, Vol. 5, N°6, 2018, pp. 118-125.

²⁴ Vid. por todos, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I *bis*”, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, en particular las citas que los autores hacen a la jurisprudencia del TJUE en relación a la interpretación teleológica que realiza sobre los principios del Derecho de la UE en el Reglamento Bruselas I *bis*.

²⁵ En particular las emanadas de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), p. 23 y jurisprudencia citada, por lo que sus conceptos serán interpretados de forma autónoma y uniforme por todos los tribunales y autoridades de los Estados miembros al igual que se hace con los conceptos autónomos de los Reglamentos.

²⁶ Z.S.TANG, “Aviation jurisdiction and protección...”, *loc.cit.*, p.3; hay que hacerse eco también de lo que el legislador explica en la “Comunicación de la Comisión Europea: Directrices interpretativas del Reglamento (CE) N°261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CE) N° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente en su versión modificada por el Reglamento (CE) N°889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *DOUE*, 15 de junio 2016, C 214/5.

Según otro sector, el Convenio de Montreal 1999 prevalece sobre las disposiciones del Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007²⁷, por el carácter de sus foros, no estando tan claro que su ámbito material no comprenda la compensación al pasajero por cancelación de vuelo a tanto alzado calculando el daño real en la indemnización como sí lo hace de forma expresa el Reglamento 261/2007.²⁸

19. Al margen de la Doctrina, como se ha puesto de relieve en el párrafo anterior, la jurisprudencia del TJUE ha hecho una interpretación menos extensiva del ámbito material del Convenio de Montreal 1999, en relación con la invocación conjunta que pueda hacerse de las acciones del Reglamento 261/2004, en favor del Reglamento Bruselas I *bis*/Lugano 2007.

20. Algunos de los asuntos más llamativos sobre este particular son los siguientes. En el asunto *Rehder c. Air Baltic*²⁹ (el asunto pionero sobre este problema de interpretación en cuestiones de determinación de la CJI), el TJUE consideró que el Reglamento Bruselas I se debía aplicar cuando la acción no estuviera comprendida en el ámbito material del Convenio de Montreal 1999, pero sí en el Reglamento 261/2004, que el pasajero invocó para su reclamación. Y si el vuelo era intracomunitario. Esto es, que tanto el lugar de salida como llegada o intermedios (en vuelos de conexión) estén situados en los Estados miembros y el domicilio social de la compañía aérea se encuentre sito en un Estado miembro³⁰.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por la Doctrina, pero no solamente por la interpretación del Convenio de Montreal 1999 y la relación con el Reglamento Bruselas I *bis*, sino en lo que se explicará en el siguiente epígrafe³¹. En otros asuntos, como el as., *Sturgeon y otros*, se criticó que el TJUE hiciese una interpretación extensiva del ámbito material del Reglamento 261/2004, en relación con las reclamaciones a tanto alzado en supuestos de retraso de los vuelos.³²

En el asunto *easyJet Airline Co. Ltd*, el TJUE vuelve a matizar y reiterar su interpretación dada en jurisprudencia anterior: si el pasajero formula reclamaciones solo basadas en las acciones que contempla el Reglamento 261/2004 y cuando el vuelo sea intracomunitario, no se aplicarán las disposiciones del Convenio de Montreal 1999 sino el Reglamento Bruselas I *bis*³³.

²⁷ STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771), p. 28; STJUE de 10 de julio de 2008, *Emirates Airlines*, C-173/07 (ECLI:EU:C:2008:400), p.43; STJUE de 10 de septiembre de 1996, *Comisión Europea c. Alemania*, C-61/94 (ECLI:EU:C:1996:313); A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3071, quizás la confusión se deba también a que las diferentes versiones lingüísticas del Convenio de Montreal 1999 tampoco coinciden.

²⁸ En la jurisprudencia del TJUE, pero con poca claridad sobre este aspecto, STJUE de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), p. 29; STJUE de 28 de diciembre de 2008, *Wallenin-Hermann*, C.549/07 (ECLI:EU:C:2008:771); C. J. CHENG, *Studies in International Air Law: Selected Works of Bin Cheng*, Brill, 2017, pp. 956-975; N. BERNARD, “Taking Air Passenger Rights Seriously: the Case Against the Exclusivity of the Montreal Convention”, disponible en: <https://qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/64713/Bernard%20Taking%20Air%20Passenger%20Rights%20Seriously%3A%20the%20Case%20Against%20the%20Exclusivity%20of%20the%20Montreal%20Convention%202020%20Accepted.pdf?sequence=2&isAllowed=y>; F. REUSCHLE, *Montreal Übereinkommen: Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr: Kommentar*, Walter de Gruyter, 2005; STJUE, de 6 de mayo de 2010, *Walz*, C-63/09 (ECLI:EU:C:2010:251), en este asunto por ejemplo, el TJUE si interpreta que el Convenio de Montreal incluye tanto el daño material como el no material en su artículo 22.

²⁹ STJCE de 9 de julio de 2009, *Rehder c. Air Baltic Corporation*, C-204/08 (ECLI:EU:C:2009:439), p. 27 y 28.

³⁰ STJUE de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund*, C-94/14 (ECLI:EU:C:2016:148)

³¹ M. GEORGE & J. HARRIS, “Service contracts, Carriage by Air and the Brussels I Regulation”, *Law Quarterly Review*, 126, 2010, pp. 30-36; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimiento de las compañías aéreas”, *CDT*, Vol. 3, N°2, 2011, pp. 282-303; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*”, *Diario La Ley*, N°7294, 2009; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos...”, *loc.cit.*

³² STJUE de 19 de noviembre de 2019, *Sturgeon y otros*, C-402/07 (ECLI:EU:C:2009:716); R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de...”, *loc.cit.*; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

³³ STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927), p. 34 con cita a la jurisprudencia emanada de *Flight Refund* (C-94/14); A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte internacional”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Tratado de Derecho internacional privado*,

El carácter imperativo de los foros del artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal y los foros del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007 para litigios de contratos aéreos de pasajeros

21. Se ha mencionado que el artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal, contiene una serie de foros que obligan al pasajero-demandante que lo invoque a interponer la demanda en los lugares que establece. Estos foros son imperativos. El Convenio de Montreal 1999 prevalece sólo si el Convenio es aplicable por tratarse de un transporte aéreo entre dos puntos situados en dos Estados miembros del Convenio (artículo 1 apartado 2º)³⁴.

Estos foros precluyen la aplicación de otros foros por su carácter imperativo. Esto impide que una vez invocado el Convenio, se puedan aplicar otros foros que se contienen los instrumentos de corte general³⁵.

Los foros que ofrece este artículo en indemnización de daños son los siguientes a elección del demandante; el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, aunque sea ante el tribunal del lugar de destino (este último es el lugar de la sucursal también previste en el artículo 7 apartado 5 del Reglamento Bruselas I *bis* y el 5 apartado 5 del Convenio de Lugano). En este último con limitaciones en todos estos instrumentos jurídicos.

No vale cualquier sucursal sino que tiene ser la “oficina” donde se realizó el contrato de pasaje o transporte entre la compañía aérea y el pasajero (buscando de esta forma los “vínculos más estrechos” y la proximidad entre el lugar de la obligación y el tribunal que debe conocer de la demanda)³⁶.

22. Ahora bien, se ha comentado que podrían haber sido de aplicación los foros del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007, y qué hubiera pasado si el pasajero hubiera invocado el Convenio de Lugano 2007 para determinar la CJI del tribunal en vez del Convenio de Montreal 1999?

En el caso que se hubieran invocado las disposiciones de los instrumentos de corte general, tampoco existen tantas diferencias de estos foros de CJI con los foros que se establecen en el artículo 33 apartado 1º del Convenio de Montreal 1999. Los foros que la jurisprudencia del TJUE ha admitido en reclamaciones de infracciones contractuales por compañías aéreas, y a sabiendas de la exclusión de estos contratos del foro de contratos de consumo en el Reglamento Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007, son los relativos a la obligación de tipo contractual entendiendo que ésta se puede hacer efectiva tanto en el lugar de llegada (cancelaciones-retrasos) como en el de salida (retrasos)³⁷. La diferencia entre estos foros y los del Convenio de Montreal 1999 analizados, es que en el Convenio de Montreal no se permite establecer la acción en el lugar de salida. Pero todos son foros alternativos que concurren con el foro general del domicilio del demandando, así también con el de la sumisión tácita o el de la sumisión expresa, si había una cláusula de sumisión expresa no exclusiva que cumpla con las formalidades establecidas en la norma para no ser declarada nula y dejar este foro sin validez. Se podría decir entonces que el juzgado no se hubiera declarado incompetente, porque hubiera tenido competencia por alguno de los foros de este sistema de normas.

t. III, pp. 3060-3061; 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 d 7 de noviembre de 2019, C-213/18, a *Gaivoti y otros c. easyJet Airline Co. Ltd.*”, *CDT*, Vol. 12, N°2, 2020, pp. 1030-1035, p. 1034, en donde la autora se hace eco de lo que el AG considera sobre este *depeçage* de normas de competencia judicial internacional: la gran dispersión que puede conllevar para los operadores jurídicos.

³⁴ A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3060.

³⁵ *Ibid.*, (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ), p. 2470.

³⁶ STJUE de 11 de abril de 2019, *Ryanair*; C-464/18 (ECLI:EU:C:2019:311), en esta sentencia lo importante de la interpretación del TJUE es que la sucursal no puede ser demandada si no ha participado de la relación contractual entre el pasajero y su compañía aérea. Por lo que debe existir un vínculo real y objetivo (el contrato) para poder activar este foro, como ha interpretado la jurisprudencia del TJUE y sigue haciéndolo frente a la exclusión de estos contratos como contratos de consumo en el sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007; A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXI. Contratos de transporte...”, en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, op.cit., p. 3061.

³⁷ C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo:...”, *loc.cit.*

23. Cabe decir que todos estos foros, los del Convenio de Montreal 1999, y los foros alternativos para obligaciones de tipo contractual del sistema Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 atribuyen no sólo la CJI sino también la competencia territorial, cuando en su redacción han incluido “el lugar” (*ratione loci*)³⁸. Por lo que los jueces de los Estados parte no pueden aplicar sus normas de competencia territorial³⁹.

El control de la competencia judicial internacional por los Tribunales españoles y las sumisiones del demandado: ¿foros alternativos?

24. De forma general, tanto en las normas de CJI como en las de competencia territorial españolas, si el demandado se somete a la CJI de los tribunales y salvo determinadas excepciones, no cabe que el juez se declare incompetente. Pero se ha comentado en el apartado de los hechos que el demandado (la compañía aérea suiza) compareció ante el juzgado español⁴⁰. Emanaba del Auto que dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 de la LEC, antes de declararse incompetente. Dando la oportunidad al demandado tras ser emplazado de poder oponerse⁴¹. Tras ello, el juzgado se declara de oficio incompetente. Llegando al *quid* de lo importante sobre este Auto.

25. El juzgador menciona que en el Convenio de Montreal 1999 no ha regulado la sumisión tácita pero en el Reglamento Bruselas I *bis* si se ha regulado, aunque no es de aplicación⁴². De otro lado, según el juzgador el asunto no puede someterse a los foros de dicho instrumento porque no es un vuelo intracomunitario y prevalece según su artículo 71, apartado 1º, el Convenio de Montreal 1999.

Por tanto, es de aplicación la regla del artículo 36.2.2º en vez de la 3º LEC para el control de oficio de la competencia del tribunal. Dos cuestiones pueden nacer. Primero, ¿no debía haber sido de aplicación para el control de la competencia, las normas del Reglamento Bruselas I *bis* y/o del Convenio de Lugano 2007?; y segunda cuestión, ¿está realmente claro que el Convenio de Montreal no permite la sumisión tácita de las partes?; ¿podría ser un foro alternativo a los que el Convenio si menciona de forma expresa?⁴³

26. Es cierto que el Convenio de Montreal 1999 no ha regulado la sumisión tácita, de forma expresa. Sin embargo, en el artículo 49 se establece, de un lado, el carácter imperativo de los foros del Convenio de Montreal 1999. De otro lado, se prohíben determinado tipo de acuerdos de sumisión expresa que las compañías aéreas incluyen en sus contratos de transporte con los pasajeros. Son aquellos que intentan derogar los foros de CJI que el legislador del Convenio de Montreal 1999 considera abusivos para el pasajero y que permiten a las compañías aéreas ser demandadas donde consideren sin respeto a estos foros⁴⁴.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol.I, op.cit.*, pp. 131-133 y pp. 348-350.

⁴⁰ *Supra* Epígrafe I.2.

⁴¹ A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1º, ed. 16ª, Comares, 2016, pp. 372-375, esp. 373: “(...) Por ello, es preciso, en todo caso, que el tribunal español emplazado al demandado y espere a comprobar cuál es su actitud procesal”, antes de declararse de oficio incompetente; E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (artículos 36 a 39 LEC)”, *InDret*, N°3, 2006, pp. 2-23.

⁴² Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de La Coruña, nº 00008/2022, de 13 de enero de 2022, AJM C 9/2022 (ECLI:ES:JMC:2022:9A), FJ 2º: “(...) Por tanto, al no ser de aplicación ese Reglamento 1215/12 (cuyo artículo 71 dice: “El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia...), se aplica el Convenio de Montreal y se recuerda que no está prevista la sumisión tácita en dicho Convenio. En consecuencia, al no haber sumisión tácita porque no se previó en el Convenio de Montreal, no es de aplicación el artículo 36.2.2 LEC que es el que permite examinar la competencia judicial y que permite a los tribunales españoles abstenerse de conocer el asunto, cuando en virtud de un tratado...”.

⁴³ Esta pregunta no es baladí, a la luz de ciertos asuntos, como el caso *Honeywell*, M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Forum non conveniens*, accidentes aéreos y actuación de las autoridades españolas”, 2018, disponible en: <https://xdoc.mx/documents/forum-non-conveniens-accidentes-aereos-y-actuacion-de-las-6047033516a64>

⁴⁴ *Ibidem*, esp. p. 10 (TANG): “This article clearly prevents the contractual parties from inserting an exclusive choice of court clause to alter the rules as to jurisdiction before the damage occurred”; Artículo 49 Convenio de Montreal 1999 reza así: “Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidos en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá que apli-

No obstante, si permite que las compañías aéreas incluyan acuerdos de sumisión no exclusivos basados en alguno de los foros del artículo 33 del Convenio de Montreal 1999⁴⁵. Es más, sólo prohíbe que las partes realicen estos acuerdos de sumisión expresa antes que el daño ocurra, pero no impide que lo hagan *a posteriori*⁴⁶. Podría esto entenderse como que si tolera la sumisión tácita en base a sus propias disposiciones. Aunque la sumisión tácita no depende de que exista un acuerdo previo de sumisión expresa, se podría entender que mientras que las partes se sometan y que no sea para derogar los foros de CJI del apartado 1º artículo 33, sí se permite dicha sumisión.

27. A su vez, en su apartado 4º nos remite a la *lex fori* para resolver cuestiones procedimentales de fondo que el Convenio de Montreal 1999 no regula⁴⁷. De hecho, se ha llegado a decir que no prevé que la norma procesal interna del Estado en cuestión permita la posible aplicación del *forum non conveniens*, en supuestos donde se aplican los foros del artículo 33 apartado 2º relativas acciones relativas a accidentes producidos por la compañía aérea⁴⁸.

Al margen de esto, y volviendo a las presunciones que se hacen en estas líneas, se considera que el juzgador no explica o no interpreta bien el óbice procesal que posiblemente no le atribuía competencia en la norma procesal española.

Por ejemplo, si se aplicó el artículo de la LEC en donde se regula la sumisión tácita (artículo 56 y el artículo 54 en su totalidad) para poder excluir del todo su competencia para conocer del asunto (tampoco correcto a nuestro parecer, cuando el artículo 33 regula la competencia territorial y no sólo la CJI). Hay que tener en cuenta que el juicio se dilucidaba por el cauce del procedimiento verbal y el artículo 54 en su apartado 1º *in fine* considera que no cabe ni la sumisión expresa ni la tácita en algunas materias, dado que la doctrina del Tribunal Supremo es clara. En los juicios verbales no caben ninguna de ambas conductas procesales cuando la materia está regida por los foros de competencia territorial imperativos establecidos en el artículo 52 de la LEC (con relación de los foros 50 y 51 dependiendo si el demandado es persona física o jurídica)⁴⁹.

28. Por otra parte, si el pasajero, –como aprecia la jurisprudencia del TJUE mencionada–, ha basado las pretensiones de su demanda en el Reglamento 261/2004, sobre todo en lo que a cancelación de vuelos se refiere (artículo 5 apartado 3º del Reglamento se refiere), el juez del tribunal del Estado miembro puede aplicar los foros de Bruselas I *bis*/ Lugano 2007, entre los que se encuentra el foro de la sumisión tácita⁵⁰.

29. De forma contraria, si las pretensiones de la demanda se basan sólo en las disposiciones del Convenio de Montreal 1999, no pueden examinarse a la luz de otros instrumentos jurídicos⁵¹. Entonces, si

carse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto”; SAP Madrid, nº 392/2017, de 26 de julio de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881); también el artículo 46 puede ser interpretado de forma tal que dé lugar a pensar que pueda caber la sumisión tácita en algunos supuestos ligados al artículo 45 y al 33, de la acción de indemnización de daños.

⁴⁵ *Ibid.*, (TANG) esp. pp. 10-11; STJUE 18 de noviembre 2020, *Delayfix*, C-519/19 (ECLI:EU:C:2020:933).

⁴⁶ *Ibid.*, (TANG) esp. pp. 10-11; de la misma forma que para los foros de protección especial, se permiten estos acuerdos después de haber iniciado el procedimiento, por ejemplo, como reza el artículo 19 del Reglamento Bruselas I *bis*.

⁴⁷ El apartado 4º del artículo 33 Convenio de Montreal reza así: *las cuestiones del procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce del caso* (la cursiva no es del texto).

⁴⁸ *Ibid.*, (TANG); M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Forum non conveniens*, accidentes aéreos y actuación de las autoridades ...”, *loc.cit.*; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Accidentes aéreos y *forum non conveniens*”, *CDT*, Vol. 4, Nº2, 2012, pp. 307-321.

⁴⁹ Por ejemplo, entre otros muchos, ATS, nº 9772/2022, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9722). Considerando en las normas de competencia territorial, el contrato de transporte aéreo de pasajeros como condición general de la contratación y al pasajero no consumidor y siendo el lugar de salida su domicilio, no se hubiera podido declarar incompetente tampoco.

⁵⁰ De nuevo, el asunto *easyJet Airline*, STJUE de 7 de noviembre de 2019, *easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:927); Opinión del Abogado General Sr. Saugmandsgaard ØE de 20 de junio 2019, en el asunto C-213/18 (ECLI:EU:C:2019:524), es también de interés sobre el particular.

⁵¹ STJUE de 10 de marzo 2016, *Flight Refund*, C-94/14 (ECLI:EU:C:2016:148); en la jurisprudencia española, SAP Madrid, nº 392/2017, de 26 de julio de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881) puntos 22.12 y 22.13; C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable incorporadas en...”, *loc.cit.*

se hubieran invocado y aplicado en este caso, los foros de Bruselas I *bis* /Lugano 2007 cabe decir que el foro de la sumisión tácita no está sometido a que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. Por lo tanto, incluso el Reglamento Bruselas I *bis* podría haber desplazado al Convenio de Lugano 2007⁵².

Aun cuando la compañía demandada tuviera su domicilio en Ginebra (Suiza). Aunque esta solución ofrecida, sería criticada por un sector doctrinal que si considera que el foro de la sumisión tácita está sometido al domicilio del demandado para poder aplicar uno u otro considerando todos los datos del supuesto de hecho para hacerlo. Lo que es cierto es que los límites de como se ha regulado la sumisión tácita en estos instrumentos son difusos, como lo son los siguientes relativos al control de la competencia de los tribunales de oficio⁵³.

30. En el hipotético caso (a la luz de las presunciones que se realizan aquí) que el demandado lo que hizo fue contestar la demanda para interponer declinatoria internacional considerando que el juzgado no tenía CJI por los foros del artículo 33 apartado 1º Convenio de Montreal 1999, ya no se hubiera presenciado ninguna sumisión tácita⁵⁴. Tampoco en el derecho procesal interno español existe sumisión tácita si el demandado comparece para interponer declinatoria (según la correcta interpretación del artículo 36.2.3 LEC y los artículos 26.1/24.1 Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007/e incluso, el artículo 22 *bis* 3 LOPJ)⁵⁵.

31. Lo que sí es claro, es que si el demandado se somete y no usa los mecanismos procesales pertinentes para no aceptar dicha competencia, y no estamos ante un foro exclusivo o de protección especial (a los efectos de lo que se entiende por estos foros en materia civil y mercantil), los tribunales, en principio, no pueden declararse de oficio incompetentes⁵⁶. A no ser que según lo establecido en la LEC no queda en determinados tipos de procedimientos ni la sumisión expresa ni la tácita, entendiéndose que es la *lex fori* la que debe aplicarse a estas cuestiones.

5. Foros exclusivos y foros imperativos - preclusivos

32. Una cosa son los foros exclusivos de CJI en los instrumentos generales de materia civil y mercantil y otra cosa es que las normas de la Convención de Montreal 1999 sean imperativas, que lo son⁵⁷. Sin embargo, no con el carácter de foro exclusivo o exorbitante como sí lo son las materias de los foros exclusivos muy tasadas en los respectivos artículos del Bruselas I *bis*/Lugano 2007 e incluso el artículo 22 LOPJ⁵⁸.

⁵² A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo en A-L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, t. II., *op.cit.*, p. ; Someter el foro de la sumisión tácita a la consideración del domicilio de las partes es un error en un amplio sector doctrinal.

⁵³ M. A. CEBRIÁN SALVAT, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I bis: La sumisión expresa y tácita de las partes”, A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho...*, *op.cit.*; F.LÓPEZ SIMÓ, “Capítulo II: Sección 8ª. Artículo 27”, P. FRANZINA, “la garanzia dell’osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del Reglamento “Bruxelles I”, *CDT*, Vol.3, Nº1, 2011, pp.144-154; P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO *ET AL.*, (COORD.), *Comentario al Reglamento (UE) Nº1215/2012 relativo a la competencia judicial...*, *op.cit.*, pp. 591-606, p.595; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Artículo 28”, *op.cit.*, pp. 606-624, en relación al artículo 71, pp. 620-621.

⁵⁴ *Supra* Epígrafe II.2; En nuestros foros de producción interna, el artículo 22 *quinquies* letra a que otorga competencia a los tribunales españoles cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España.

⁵⁵ E. CASTELLANOS RUIZ Y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: de...”, *loc.cit.*, p.14.

⁵⁶ A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional... t. I*, p. 397; G. V. CALSTER, *European Private International Law*, 2nd. ed., Hart, 2016, pp. 87-89; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Competencia judicial internacional y autonomía de la voluntad”, *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en: <https://almacendederecho.org/competencia-judicial-internacional-autonomia-la-voluntad>; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sección 7ª. Prórroga de la competencia. Artículo 26”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, *Comentario al Reglamento (UE) Nº1215/2012 relativo a la competencia judicial...*, *op.cit.*, pp. 579-591.

⁵⁷ C. MARIOTTINI, “Article 71”, en M. REQUEJO ISIDRO (ED.), *Brussels I bis: A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Elgar Commentaries, 2022, pp. 808 *et seq.*

⁵⁸ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, p.183, las normas del Convenio de Montreal 1999 son normas materiales relativamente imperativas;

33. Los contratos de transporte de pasajeros por vía aérea no se encuentran en dicha clasificación. De hecho, los foros que se contienen en el artículo 33 del Convenio de Montreal 1999 son foros basados en la proximidad y alternativos, como lo son también los foros que se usan en el Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007 para este tipo de reclamaciones y litigios⁵⁹. El juzgador pareciera que considera los foros del Convenio de Montreal 1999 con los foros exclusivos mencionados cuando invoca el artículo 36.2. regla 2º, cuando lo que quería decir es que una vez invocado dicho instrumento que tiene cabida en el supuesto de hecho, sus foros son obligatorios y que el Convenio de Montreal 1999 no permite la aplicación de otros foros que no sean los que se establecen en el artículo 33 apartado 1º para las acciones de indemnización de daños. Aunque con dudas en relación con la sumisión tácita.

34. Por ello, es que se ha mencionado que al haber basado el pasajero sus pretensiones en el Reglamento 261/2004, y como se va a incidir en el apartado siguiente, y el vuelo operar entre dos Estados parte del Convenio de Lugano 2007, podría haber sido éste de aplicación.

III. De la importancia sobre el fondo

35. Con todo lo anterior, en este epígrafe se da respuesta a algo que ya se ha ido relacionando y mencionando en los anteriores epígrafes. Que las acciones invocadas y el instrumento jurídico que las contiene son importantes para valorar luego aspectos relativos al procedimiento⁶⁰. En este caso, el pasajero parece que invoca las acciones existentes en el Reglamento 261/2004, sobre la compensación que deben recibir por cancelación de vuelos. No se desprende del mismo Auto que se invocaran las normas del Convenio de Montreal 1999 que en cuanto al fondo.

36. En todo caso, aunque hubiera sido así, la jurisprudencia del TJUE, desde el asunto *IATA*, especialmente en su párrafo 46 dice que la Convención de Montreal 1999 en ningún caso puede constituir un obstáculo a la intervención del legislador comunitario para determinar, en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad en materia de transporte y protección de los consumidores, las condiciones en que conviene reparar los perjuicios relacionados con las molestias mencionadas⁶¹.

Cuestión diferente es que esta misma jurisprudencia del TJUE sobre el Reglamento 261/2004, su función y compatibilidad con el Convenio de Montreal 1999 sea a gusto de todos, por las críticas que ha recibido, debido a su interpretación extensiva en favor del Reglamento 261/2004, en vez del Convenio de Montreal 1999⁶².

37. Lo que sí se desprende de la jurisprudencia del TJUE analizada y es importante para este tipo de reclamaciones es que si el afectado invoca un instrumento jurídico u otro, cuando existen varios que contienen las mismas normas, la prelación de fuentes normativas cobra mayor importancia y es fundamental para llegar a un resultado u a otro. Por seguridad jurídica, es cierto que no se debe desplazar un instrumento jurídico u otro al antojo de los operadores, sino siguiendo unos parámetros que se basan en la voluntad querida por dicho legislador.

IV. Conclusiones

38. Tras el análisis, se considera que pueden obtenerse las siguientes conclusiones, al amparo de la solución que este Auto ofreció en el asunto:

S. AREAL LUDEÑA & J.A. FIERRO ABELLA, “La responsabilidad internacional del transportista aéreo en caso de muerte o lesión de pasajeros: ...”, *loc.cit.*, pp. 21-22.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 187; Z.S. TANG, “Aviation jurisdiction and protección...”, *loc.cit.*, p. 5.

⁶⁰ C.I. CORDERO ALVÁREZ, “Contratos internacionales de consumo: ...”, *loc.cit.*

⁶¹ STJUE (Gran Sala), de 10 de enero 2006, *IATA*, C-344/04 (ECLI:EU:C:2006:10).

⁶² R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de...”, *loc.cit.*

39. Sobre la compatibilidad y coexistencia de las fuentes especiales y generales en los litigios transfronterizos.- Las fuentes internacionales y del DIPr patrimonial europeo, sean de corte general o especial por razón de la materia, así como del Derecho sustantivo de consumo de la UE con las que los contratos de transporte de pasajeros aéreo cuentan, deben ser correctamente invocadas por las partes en el procedimiento para evitar situaciones posibles de indefensión.

Estas fuentes coexisten pero no se sustituyen en lo que una no cubra lo que las otras sí cubren en su ámbito material de forma automática, sino siguiendo unos criterios que ofrecen a todos los operadores jurídicos la seguridad jurídica necesaria. Sobre todo, en cuestiones de control de competencia para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados. Los instrumentos de corte especial deben prevalecer siempre y cuando no contengan estándares menos protectores que las normas del DIPr patrimonial europeo, porque se han confeccionado para cubrir situaciones que los de corte general abarcan sólo de forma amplia.

40. Sobre la sumisión tácita en el Convenio de Montreal 1999.- El Convenio de Montreal 1999 contiene una norma de CJI en su artículo 33 apartado 1º para demandas que se basen en la indemnización de daños, con varios foros alternativos a elección del demandante. Foros que atribuyen no sólo la competencia judicial internacional sino la territorial, algo determinante. Contiene a su vez una norma de reenvío a la *lex fori* de los Estados parte, para solucionar los avatares procesales que no regula, como por ejemplo, el control de la competencia.

Ahora bien, no está del todo claro que el Convenio de Montreal 1999 que prohíbe determinados acuerdos de sumisión expresa en determinados supuestos como son aquellos acuerdos que pretenden derogar los foros de CJI de su artículo 33, no permita la sumisión tácita, cuando se ha interpretado que sí que permite que se hagan pactos entre las partes, una vez empezado el procedimiento. En contratos de transporte de pasajeros aéreos no se está en presencia ni de foros exclusivos ni de foros de protección especial de consumidores, por lo tanto podría caber la sumisión tácita incluso en este instrumento jurídico.

41. El TJUE ha interpretado que si la demanda del pasajero se ha basado en las acciones previstas del Reglamento 261/2004, tiene cabida los foros de Bruselas I *bis*/Convenio de Lugano 2007. Pero sólo cuando se han invocado dichos instrumentos en el mismo tipo de acción que invocó el pasajero en este asunto, dado que el Convenio de Montreal 1999 es estricto en admitir otros foros de CJI. Y la remisión que hace el artículo 71.2.b al artículo 28 del Bruselas I *bis*, la realiza en supuestos de control de oficio de la competencia de los tribunales de los Estados miembros cuando el demandado no se ha personado ni comparecido. En el caso de Autos, el demandado si compareció tras haber sido emplazado por el juzgado.

Al parecer de este análisis, dado que la reclamación se hizo de conformidad con el Reglamento 261/2004 y no del Convenio de Montreal 1999, si hubiera podido caber la aplicación alternativa del foro de la sumisión tácita del sistema Bruselas I *bis*/Lugano 2007.

42. Sobre el ámbito material del Convenio de Montreal 1999 y las reclamaciones por cancelación de vuelos.- No está claro tampoco que el alcance del ámbito material del Convenio de Montreal 1999 no cubra todo tipo de indemnizaciones. Aunque la jurisprudencia del TJUE sigue interpretando que existen notables diferencias entre lo que establece en el Reglamento 261/2004 y el mismo Convenio, la diferencia estriba en si se ha solicitado el daño real y a tanto alzado o no por el pasajero, para saber el alcance de ambos instrumentos que pueden concurrir en muchos litigios.

Quizás, en futuras revisiones de la Convención de Montreal 1999, se podrían tomar en cuenta los problemas que existen de interpretación sobre su alcance y ámbito material, así como la posible inclusión de otros foros que están contemplados en los instrumentos de corte general y que a veces, desplazan a la Convención, como se ha analizado. Si este instrumento se hizo específicamente para tutelar los intereses de los pasajeros en general (no del pasajero consumidor), ha de tenerse en cuenta como tal y adaptarse un poco más a la realidad existente de este tipo de litigios.

El control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera y la exigencia del certificado de idoneidad: Una cuestión de seguridad jurídica*

The control of the validity of an adoption constituted by a foreign authority and the requirement of a declaration of suitability: A question of legal security

M^a JESUS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado
(Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido: 17.06.2022 / Aceptado: 22.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7242

Resumen: El presente trabajo explicará los extremos más relevantes acerca de la exigencia de declaración de idoneidad en las adopciones internacionales, en particular, por lo que respecta a su eficacia en nuestro país y a su inscripción en el Registro Civil Español. Este análisis ayudará a entender la postura de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que en su Resolución (51^a) de 8 de febrero de 2021**, deniega la solicitud de inscripción en el RCE de una adopción constituida en Guinea Ecuatorial respecto de un menor nacional y residente en dicho país, con fundamento en el art.26.3 LAI, al rechazar la Entidad Pública la expedición de certificado de idoneidad de los adoptantes.

Palabras clave: adopción internacional, declaración de idoneidad, inscripción registral.

Abstract: This paper will explain the most relevant aspects of the requirement of a declaration of suitability in international adoptions, regarding their effectiveness in Spain and their registration in the Spanish Civil Register. Such analysis will help to understand the position of the Directorate General of Legal Security and Public Trust, which in its Resolution (51st) of 8 February 2021, rejects the application for registration in the Spanish Civil Register of an adoption constituted in Equatorial Guinea respect to a minor national and resident in that country, according to Article 26.3 of the Spanish International Adoption Law as the Public Entity refuses to issue a certificate of suitability of the adoptive parents.

Keywords: intercountry adoption, declaration of suitability, application for registration.

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. Apuntes sobre el requisito de idoneidad para las personas que se ofrecen a adoptar menores y la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española. 1. La incorporación del requisito de idoneidad en legislación española. 2. El art.26.3 LAI como requisito para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales. III. La inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero en Registro Civil español. IV. Análisis de la Resolución de 8 de febrero de 2021 (51^a)1. Hechos 2. Fundamentación jurídica. 3. Reflexiones críticas.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familia», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de investigación JIUZ2021-SOC-10: Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital, IP: Javier Martínez Calvo.

** RDGSJYFP [51^a] 8 febrero 2021, BMJ, año LXXV, núm. 2.246, diciembre 2021 (resoluciones de febrero 2021).

I. Consideraciones iniciales

1. En los últimos años, el fenómeno de las adopciones internacionales ha experimentado un notable descenso a nivel mundial, que también se ha dejado notar en nuestro país. Ahora bien, todavía hoy, en España, son muchas las personas que se ofrecen para adoptar un menor extranjero y residente en el extranjero¹. Por este motivo, en cuanto a las adopciones transnacionales se refiere, conviene seguir haciendo hincapié en que el proceso de adopción presentará conexión con dos Estados diferentes, cuales son el país de residencia habitual de los adoptantes y el país de origen del adoptando, cuyos sistemas jurídicos no siempre van a establecer regulaciones afines sobre esta institución, ni en todo caso llegan a exigir requisitos o formalidades similares para su constitución.

2. A esto se añade que en los países de origen de los menores las condiciones de tramitación también pueden variar, incluso de forma sustancial, de unos Estados a otros. En consecuencia, no resulta difícil prever que puedan producirse importantes incidencias en el ámbito jurídico, tales como la competencia de tribunales y autoridades, la ley aplicable a la adopción y en particular, por lo que se refiere al sector de la validez internacional de decisiones, en el cual se puede plantear el problema de las resoluciones claudicantes, sobre todo, cuando la adopción constituida ante autoridad extranjera no cumple con las exigencias previstas en la ley del Estado de recepción. Aparecen, por tanto, una serie de cuestiones que son propias de la adopción internacional y que entran dentro del ámbito de los tres sectores específicos del Derecho Internacional Privado.

3. Una cuestión importante que deriva de la adopción con elemento transfronterizo es la preocupación por la proliferación de prácticas que no sólo no garantizan el interés de los menores, sino que, además, llegan a infringir los derechos fundamentales más básicos de los mismos. Especialmente, tanto en la normativa nacional como internacional como en la española, se insiste en establecer medidas de prevención del tráfico de niños, tratando igualmente de evitar que la figura de la adopción se convierta en un negocio².

4. Con la finalidad de acabar con esta clase de conductas poco honestas y garantizar que las adopciones se constituyan en interés del adoptado y con pleno respeto a sus derechos fundamentales, se ha definido el marco ético que deberá regir toda adopción internacional. En este punto, particularmente, hay que tomar en consideración los principios recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN)³ y en la Convención de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (en adelante, CH 1993). A este respecto, a los efectos del presente trabajo, cabe resaltar que el CH 1993, entre otras cautelas, establece, en su art.5. a), la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que “los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar⁴.” Ello, junto con el principio del interés del menor (art.2 CDN y art.1.a) CH 1993).

¹ Vid. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia Boletín número 23. Datos 2020, https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Boletin_Proteccion_23_Provisional.pdf

² En este sentido, véase el Preámbulo del Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, “BOE” núm. 182, de 1 agosto 1995, así como la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, “BOE” núm. 312, 29 diciembre 2007. Esta inquietud por posibles adopciones ilegales se deja sentir en la siguiente publicación editada por el Gobierno español: *Respondiendo a las adopciones ilegales: un manual para profesionales*, https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/Respondiendo_a_Adopciones_ilegales.pdf.

³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. “BOE” núm. 313, 31 diciembre 1990.

⁴ Sobre este particular, se ha dicho que el requisito de la idoneidad de los adoptantes procede de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aunque, lo cierto es que en dicho Convenio no aparece una referencia expresa en este sentido. A este respecto, se afirma que, en realidad, se trata de una exigencia que deriva directamente del principio del interés del menor, incorporado en materia de adopción en el art.21 de la Convención. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, Núm.701, p. 953.

5. Por lo demás, los organismos internacionales han introducido una serie de directrices que reflejan y completan en la práctica los principios que se contemplan en los dos instrumentos internacionales citados en el párrafo anterior. Estas directrices se centran especialmente en tres circunstancias que se consideran básicas para garantizar una adopción digna y que salvaguarde los derechos de los adoptados y que son: la adoptabilidad del niño, la capacidad adoptiva de los padres y el emparentamiento o *matching*.

6. A los efectos del presente trabajo, interesan especialmente los aspectos relacionados con la capacidad adoptiva de quienes se ofrecen para la adopción, en lo referente al requisito de idoneidad, exigido igualmente en nuestro país en las adopciones nacionales e internacionales, y cuya finalidad consiste en garantizar que el adoptante seleccionado sea el que más se adapta a las necesidades y características del adoptado. Para declarar la idoneidad han de tomarse en consideración las circunstancias éticas, psicológicas, sociales y médicas de los futuros adoptantes, así como su aptitud para comprometerse de forma permanente, duradera y satisfactoria, asumiendo la responsabilidad de educar a un niño que, además de provenir de una situación de abandono, es extranjero. Igualmente, se recomienda que la declaración de idoneidad sea previa a la constitución de la adopción⁵.

7. Como se explicará en sucesivos apartados, la normativa española sobre protección de la infancia y específicamente la reguladora de la adopción nacional e internacional, también se ha hecho eco de esta creciente preocupación por la infancia y su protección y a este respecto, toma especialmente en consideración el superior interés del menor en relación con la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, dando lugar a un nuevo régimen de la institución de la adopción, igualmente inspirado en los principios fundamentales recogidos en los principales instrumentos internacionales que acabamos de enunciar.

8. Seguidamente, se explicarán los extremos más relevantes acerca de la exigencia de declaración de idoneidad en las adopciones internacionales, en particular, por lo que respecta a su eficacia en nuestro país y a su inscripción en el Registro Civil Español. Este análisis ayudará a entender la postura de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que en su Resolución (51^a) de 8 de febrero de 2021⁶, deniega la solicitud de inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida en Guinea Ecuatorial respecto de un menor nacional y residente en dicho país, con fundamento en el art.26.3 LAI. Ello, habida cuenta que el Instituto Catalán de Acogida y Adopción rechazó la expedición del certificado de idoneidad de los adoptantes porque la entidad no tramita adopciones en Guinea Ecuatorial debido a la falta de seguridad jurídica que garantice el interés superior de los menores en situación de adopción.

II. Apuntes sobre el requisito de idoneidad para las personas que se ofrecen a adoptar menores y la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española⁷

1. La incorporación del requisito de idoneidad en legislación española

9. Acerca de la valoración de la idoneidad de las personas que se ofrecen para la adopción, *primeramente, hay que recordar* que se trata de una exigencia jurídico formal de la que no existen precedentes en España con anterioridad a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁸.

⁵ Vid. C. SACLIER-SSI, « La adopción internacional: Condiciones básicas, interés superior del menor y cooperación de internacional », Congreso organizado por el IIN. Santiago de Chile, marzo de 1999, <http://adopcion.org/cuadros-china-hispania/cuadro-resumen-hispania/FINALES/7%20A%20I%20condiciones%20basicas%20isupn.pdf>.

⁶ RDGSJYFP [51^a] 8 febrero 2021, *BMJ*, año LXXV, núm. 2.246, diciembre 2021 (resoluciones de febrero 2021).

⁷ Esta autora abordó la cuestión en M.J. SÁNCHEZ CANO, “El reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española: aspectos prácticos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, N.º. 2, 2019, pp. 801-814.

⁸ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, “BOE” núm. 275, 17 noviembre 1987.

Dicha circunstancia fue introducida explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Protección Jurídica del Menor⁹ como un requisito ineludible y determinante para constituir la adopción, tanto nacional como internacional, cumpliendo así con los compromisos adquiridos por España al ratificar los instrumentos internacionales que contemplan esta exigencia, tal como justifica el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996.

10. En concreto, para la adopción internacional la Ley Orgánica 1/1996 introdujo la exigencia de la idoneidad en el art.9.5.3º y 5º Cc en la Disposición Final Segunda. Así, en los supuestos de adopción consular se requería que la propuesta previa fuese formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España y para el caso de que el adoptante no hubiese tenido residencia en España en los dos últimos años, no se precisaba este requisito, pero, se instaba al Cónsul a recabar de las autoridades del lugar de residencia del adoptante informes suficientes para valorar su idoneidad.

11. Por otro lado, el citado precepto establecía que no sería reconocida en España la adopción constituida por autoridades extranjeras “*mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.*” Aquí, cabe observar que la ambigüedad del precepto, que no exigía que la declaración de idoneidad fuese previa a la constitución de la adopción, dio lugar a que en la práctica se produjeran situaciones en las que se permitía cumplir con este requisito con posterioridad a la misma. Ello a fin de no perjudicar al adoptado, ante la evidencia de que la adopción ya se había decretado en el extranjero y que el menor ya se encontraba en nuestro país¹⁰.

12. En cuanto a la adopción nacional, fue la Disposición Final Décima la que introdujo este requisito en el art.176.2 Cc, de tal manera que es posible afirmar que, salvo por lo que se refiere a los supuestos establecidos en el art.176.2 p. 2º Cc¹¹, la declaración de idoneidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una exigencia para la válida constitución de la adopción de un menor de la que no es posible prescindir¹². En este sentido, se ha llegado a afirmar que la evaluación de la idoneidad de los adoptantes es una condición esencial de obligado cumplimiento, habida cuenta que encuentra su fundamento en la protección del adoptado y por tal motivo, la selección de los solicitantes de adopción no debiera ser entendida como un agravio para éstos sino como una suerte de medida cautelar que se

⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm. 15, 17 enero 1996. Con todo, en nuestro país el requisito de idoneidad de los adoptantes, a pesar de no estar establecido de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Ley 1/1996, bien podía desprenderse de los preceptos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Igualmente, en la práctica, ya con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.1/96, se exigía la idoneidad de las familias adoptantes en los procedimientos de selección.

A este respecto, ADROHER BIOSCA pone igualmente de relieve que fue la Ley 21/1987 la primera norma de carácter estatal que recogía una referencia al requisito de idoneidad, al criticar en su Preámbulo la situación anterior, que daba lugar a una inadecuada selección de los adoptantes. La citada autora indica que esta Ley no hizo mención al término “idoneidad” y también que el mencionado requisito se incorporó en el art.1829 LEC, que regulaba el contenido de la propuesta previa de adopción formulada por la Entidad Pública, sin que ello viniera acompañado de una reforma del Código Civil en este sentido. Además, esta autora recuerda que en la legislación autonómica ya existían precedentes que recogían estas exigencias. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional...cit”, pp. 953 y 954.

¹⁰ Véase, entre otras, RRDGRN 25 (3ª)-6-1999 (LA LEY 2103/2000) y 23-12-2006. Como ejemplo de la nueva orientación que marca la LAI, Vid. también RRDGRN 15-6-2009 (JUR 2010\316096), 12-12-2013 (JUR 2014\209423) y 3-1-2014 (LA LEY 69868/2014). Ténganse en cuenta, igualmente, la importante Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (“BOE” núm. 207, 30 agosto 2006). Para mayor información, véase A. DURÁN AYAGO, “Certificado de idoneidad y consentimiento de la entidad pública española. A propósito de la denegación de inscripción en el Registro Civil de una adopción constituida en Portugal [RDGRN (2ª) de 3 de octubre de 2019]”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº. 2, 2021, pp. 724-730

¹¹ Por lo que respecta al art.176.2. p.2ºCc, hay que dejar claro que no es necesaria declaración de idoneidad cuando los adoptantes se encuentran dentro de una de las situaciones comprendidas por el citado precepto, pero, ello no obsta para que el Juez en el momento de constituir la adopción realice su propia valoración con el fin de determinar si resultan o no idóneos para la adopción propuesta. Por este motivo, el requisito de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad siempre es ineludible. Atiéndase aquí a lo dispuesto en el art.35.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (“BOE” núm. 158, 3 julio 2015), en el cual se exige que en el escrito de ofrecimiento a la adopción consten las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes.

¹² Vid. EL JUSTICIA DE ARAGÓN, *Informes especiales 2001. Informe sobre la situación actual de los menores en Aragón*, p.63.

toma en defensa de los derechos del menor, que, al fin y al cabo, son los que se consideran preferentes en materia de adopción¹³. Aquí, hay que advertir también que la L.O 8/2015 ha incorporado la exigencia de que la declaración de idoneidad se emita con carácter previo a la propuesta de la Entidad Pública.

13. Por otro lado, debe señalarse que, a pesar de que unos determinados solicitantes hayan obtenido la declaración de idoneidad por parte de la Administración, ello no quiere decir que ostenten un derecho a adoptar a un niño en concreto, pues una persona puede ser totalmente idónea para la adopción en general y no adaptarse a las características específicas de un determinado menor¹⁴.

14. Luego, cabría mantener que el sentido de la declaración de idoneidad es asegurar en lo posible que al menor que necesita una familia se le va a asignar la familia que más se adecue a sus necesidades y circunstancias¹⁵. No se trata, entonces, de un simple trámite administrativo, sino que su propósito es garantizar la adaptación del menor a la familia en la que va a crecer y evitar que se produzca el fracaso en la relación adoptantes-adoptando.

15. A esto se añade que, en nuestro país, una vez emitida la declaración de idoneidad a favor de los adoptantes, la posterior tramitación del expediente de adopción, incluida la preasignación del menor que vaya a ser adoptado, también se lleva a cabo por las Entidades Públicas competentes de cada Comunidad Autónoma.

16. Junto a ello, también hay que tener muy presente que, tratándose de adoptantes españoles y residentes en España, por lo que se refiere a la declaración de idoneidad, los trámites para la adopción internacional se llevarán a cabo conforme a la ley española. Ello, habida cuenta que, en estos casos, será la Entidad Pública competente en materia de protección de menores española la que deberá haber declarado previamente idóneos a los adoptantes para poder constituir válidamente la adopción ante la competente autoridad extranjera (Art.5 LAI). Más aún, cuando la declaración de idoneidad constituye un requisito para la validez en España de las adopciones decretadas por autoridades extranjeras (art.26.3 LAI)..

17. En relación con los criterios de selección de los adoptantes, dado que ni la Ley 21/1987 ni la L.O. 1/1996 los especificaban, han sido las Comunidades Autónomas las que han establecido las reglas del proceso de valoración y de selección de las familias adoptivas. Con la entrada en vigor de la LAI se colmó esta laguna de la legislación estatal y así, el art.10 LAI ofrece una definición de idoneidad, al mismo tiempo que precisa las circunstancias que deben ser objeto de la valoración psicosocial, instando a las Entidades Públicas competentes a coordinarse entre ellas, a fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad. Asimismo, el vigente art.176.2 Cc , en su redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E. 29 julio 2015), también explica los extremos que requieren una valoración psicosocial.

2. El art.26.3 LAI como requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales

18. Primeramente, hay que recordar que, en defecto de normas internacionales y en particular, cuando la adopción no quede cubierta por el CH 1996, el reconocimiento de la adopción extranjera se llevará a cabo según lo dispuesto en el art.26 LAI. A este respecto, en lo referente a la aplicación del

¹³ Vid. M. FONTANA ABAD, “Instrumentos de evaluación en la adopción”, en VV AA, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 59.

¹⁴ Tal y como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “*la adopción dependerá al final de si existen o no otros solicitantes mejor capacitados (más idóneos) para atender al menor concreto de cuya adopción se trata.*” Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes” en VV AA, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p.183.

¹⁵ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado...cit”, p.184.

requisito de la idoneidad de los adoptantes en sede de reconocimiento de las adopciones extranjeras, el art.26.3 LAI, en el supuesto de que el adoptante o adoptantes sean españoles y residentes en nuestro país, supedita taxativamente el reconocimiento de la adopción a que el certificado de idoneidad se emita con carácter previo a la constitución de la adopción por autoridad extranjera, con las únicas excepciones previstas para el supuesto de que la adopción se hubiera acordado en nuestro país (art.176.2 Cc). Nótese aquí que la LAI acabó con la situación propiciada por la inexactitud del anterior art.9.5 Cc, apartándose de la doctrina de la DGRN en aplicación del anterior art.9.5 Cc, que, como se ha señalado, admitía que la idoneidad de los adoptantes fuera declarada con posterioridad a haberse decretado la adopción por el competente órgano extranjero.

19. Sobre el art.26.3 LAI, hay que poner de relieve que el propósito del legislador español radica en que la capacidad de obrar del solicitante español y residente en España se tenga que verificar siempre de acuerdo con la Ley material española, toda vez que la LAI requiere que sea la Entidad Pública española la que certifique la idoneidad de los adoptantes (RRDGR 15-6-2009 y 3-1-2014). La cuestión no es baladí, dado que, de lo contrario, podrían incentivarse comportamientos fraudulentos. Ello, habida cuenta que se favorecería que los adoptantes que no reuniesen los presupuestos para ser declarados idóneos en nuestro país se dirigiesen a un Estado menos exigente, a fin de que sus autoridades decretasen la adopción¹⁶. Si se atiende a que lo que se pretende con la declaración de idoneidad es garantizar que los adoptantes tengan la capacidad, aptitud y motivación necesaria para el ejercicio de la patria potestad¹⁷, no parece razonable atribuir la patria potestad a aquellos adoptantes respecto de los cuales no hubiera quedado mínimamente acreditado que no pudieran ser privados de su ejercicio¹⁸. De no ser así, se estaría vulnerando el interés del menor, además de beneficiar a los adoptantes que optaron por recurrir a procedimientos de dudosa garantía, pero, mucho más ágiles. Aquí, hay que tener presente que, tanto nuestra jurisprudencia como la doctrina de la DGRN, han venido reiterando que la declaración de idoneidad constituye un requisito de orden público, imprescindible para la salvaguarda del interés del menor, que proporciona seguridad jurídica, en tanto que trata de evitar adopciones fraudulentas¹⁹.

20. En este punto, cabe precisar que la DGRN ha interpretado el art.26.3 LAI en el sentido de que se refiere únicamente a que los adoptantes deben haber sido declarados idóneos para la adopción en general y no respecto de un concreto menor que resulte adoptable. En consecuencia, habida cuenta que a quien corresponderá valorar la idoneidad de quienes se ofrecen para la adopción para adoptar a unos determinados menores es a la competente autoridad extranjera, no cabe que el Registro Civil español proceda a verificar la correspondencia entre la declaración de idoneidad y la asignación, pues de otra manera se estaría imponiendo un control no previsto por el citado artículo 26.3 LAI²⁰.

¹⁶ Sirvan de ejemplo los argumentos esgrimidos en relación con el art.26.3 LAI, respecto del cual se ha advertido la posibilidad de que los adoptantes trasladen su residencia al extranjero en claro fraude de ley, a fin de eludir la exigencia del certificado de idoneidad previo a la adopción. Semejante eventualidad contravendría el propósito del legislador, pues, no cabe duda que su intención era, precisamente, impedir que los solicitantes con pocas posibilidades de ser declarados idóneos en España se desplazasen a países donde este requisito no se controle de forma estricta, constituyendo allí una adopción e instando el posterior reconocimiento en España. Vid. RRDGRN 15-6-2009 y 3-1-2014, antes mencionadas, así como A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRSCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p.211, R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Entre la realidad y el deseo”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Nº. 17, 2009 p. 28. y J.M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN), p.140.

¹⁷ Estos son los términos en los que se expresa el art.10.1 LAI, que regula los requisitos para la adopción internacional, si bien, en la redacción dada por la Ley 26/2015, utiliza la expresión “responsabilidad parental en lugar del término “*patria potestad*”. Igualmente, tal como se ha indicado más arriba, esta idea subyace también en art.176 Cc, independientemente de que resulte necesaria o no la propuesta administrativa previa de adopción.

¹⁸ Así lo puso de relieve, respecto de la situación anterior a la vigencia de la LAI, J.M. ESPINAR VICENTE, “La adopción de menores constituidas en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España”, *Actualidad Civil*, nº32, 1997, p.71.

¹⁹ Así lo indican, p.ej., el AAP Madrid (Sec.22^a), núm.211/2007 (AC 2007\1879), de 18 de septiembre o la RDGRN 22 de junio de 1991 (RJ 1991\5692).

²⁰ En este sentido, consúltese, RRDGRN 27-12-2011 (LA LEY 304670/2011) y 11-7-2012 (LA LEY 243385/2012)).

III. La inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero en Registro Civil español

21. Cuando se solicita la inscripción de la adopción constituida por la competente autoridad extranjera ante el Encargado del Registro Civil español operarán los arts.26, 27 y 29 LAI.

22. A propósito del art.27 LAI resulta pertinente realizar algunas observaciones

- 1^a) El art.27 LAI se refiere a controlar incidentalmente la validez en España de la adopción extranjera. Esto significa que los interesados obtendrán el reconocimiento sin necesidad de acudir a un procedimiento especial de homologación de la resolución extranjera por la que se constituye la adopción. Es decir, resulta suficiente con que los adoptantes se dirijan directamente al órgano o autoridad ante la cual quieran hacer valer los efectos específicos que se deriven de la adopción extranjera, que se limitará a verificar la concurrencia de las exigencias de los arts.26 y concordantes, además de lo previsto en el art.5.1.) de la LAI²¹, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.27 LAI en relación con las adopciones decretadas en el marco del CH 1993.
- 2^a) El citado precepto distingue a este respecto entre las adopciones constituidas conforme al CH 1993 de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio.
- 3^a) El control de las adopciones certificadas conforme al CH 1993 se realiza a través del certificado que acredita que su constitución ha tenido lugar con arreglo al propio Convenio, siempre que no existan motivos de orden público para su no reconocimiento (arts.23 y 24 CH 1993).
- 4^a) El art. 27 LAI ordena verificar si las adopciones constituidas al margen del CH 1993 reúnen las condiciones de reconocimiento dispuestas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26 LAI.
- 5^a) El art.26 LAI, al cual, como se acaba de indicar, remite el art.27 LAI, introduce una serie de controles que debe comprobar la autoridad española para otorgar el reconocimiento de una adopción constituida por autoridades extranjeras, de entre los cuales, a efectos del presente trabajo, interesa destacar el que ha de llevar a cabo el Encargado del Registro Civil español para acreditar la concurrencia de la declaración de idoneidad de los adoptantes, en los términos del apartado 3 del citado art.26 LAI²².

23. Una vez superado el control de validez realizado por la autoridad española conforme al art.26 LAI, cabe preguntarse si la adopción extranjera podrá desplegar efectos jurídicos en España sin necesidad de inscripción en el Registro Civil español. Ténganse en cuenta aquí que, en el ámbito convencional, ni el CH1993 ni otros Convenios bilaterales aplicables al reconocimiento de la adopción extranjera incorporan precepto alguno que regule cuestiones relacionadas con el procedimiento de acceso a los registros, por lo que, a este respecto, operará tanto lo dispuesto en la LAI como en la normativa registral española.

24. Sobre este particular, deber tomarse en consideración que el art.29 LAI ha sido reformado por la Ley 26/2015, que le ha otorgado una nueva redacción, de la que hay que destacar que, a diferencia con la versión original, ya no se expresa en clave de probabilidad, sino que más bien está enunciado en

²¹ El reconocimiento incidental se distingue del reconocimiento procesal por homologación en que éste último se ha de llevar a cabo a través de un procedimiento autónomo, específicamente previsto para el reconocimiento de las resoluciones extranjeras y distinto tanto del que tuvo lugar en el Estado de origen como del proceso propio del Estado requerido. De la misma manera, el reconocimiento por homologación comporta eficacia *erga omnes*. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos)*, Granada, Comares, 2001, pp.352 y 353. Vid. también, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, p.7. Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *REEI*, no 18, Diciembre, 2009, p.41, www.reei.org.

²² Sirva de ejemplo de cómo opera el art.27 LAI la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32^a).

forma imperativa, habida cuenta que prevé que “*cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España*”²³. Así, el vigente art.29 LAI supedita el reconocimiento de la adopción formalizada por autoridades extranjeras a la solicitud de la inscripción de la misma en el Registro Civil español.

25. En cuanto a los efectos de la inscripción registral, la misma hace prueba de la adopción, en tanto que la dota de presunción de veracidad y eficacia *erga omnes*, compensando así las carencias que se derivan de la ausencia de un reconocimiento formal y equiparando la institución extranjera con una adopción tal y como se regula en el Derecho español²⁴.

IV. Análisis de la Resolución de 8 de febrero de 2021 (51^a)

A continuación se pondrá en relación lo explicado más arriba con la solución de un caso real, a la luz de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que se cita en el título del presente epígrafe.

1. Hechos

26. Mediante escrito dirigido al Registro Civil Central, la promotora del expediente, una ciudadana española y domiciliada en España, solicitó la inscripción de nacimiento y adopción de un menor de edad, de nacionalidad ecuatoguineana, que fue adoptado por ella y por su esposo en Guinea Ecuatorial, en el año 2016. Entre otros documentos, la ciudadana española aportó, junto con la solicitud, auto de 8 de noviembre de 2016 por el cual se constituyó la adopción, dictado por un juzgado ecuatoguineano, donde consta que los padres biológicos del menor fallecieron y que su abuela, único pariente directo que le quedaba, no podía hacerse cargo de él y no se opuso a la adopción, dado que su nieto ya convivía con los adoptantes, quienes se hicieron cargo de su educación y sustento desde que fallecieron los progenitores biológicos.

27. No obstante, los adoptantes carecían del preceptivo certificado de idoneidad, dado que el Instituto Catalán de Acogida y Adopción se negó a expedirlo, alegando que dicha entidad no tramita adopciones en Guinea Ecuatorial, debido a la falta de seguridad jurídica que garantice el interés superior de los menores en situación de adopción. Por este motivo, la solicitante no aportó al Registro Civil español ningún documento que acreditase su idoneidad para el ejercicio de la patria potestad y en consecuencia fue requerida por el Encargado de dicho Registro. A este requerimiento los promotores respondieron ofreciendo datos sobre su situación personal, económica y profesional y relatando cómo entraron en contacto y decidieron hacerse cargo del menor, huérfano desde los cuatro años, quien convivía con ellos en España desde que se autorizó su desplazamiento en noviembre de 2015, habiéndose iniciado los trámites para la adopción en noviembre de 2016.

28. El Ministerio Fiscal informó desfavorable y como consecuencia, el Encargado del Registro Civil dictó auto denegando la inscripción solicitada por ausencia del certificado de idoneidad requerido por el artículo 26.3 LAI. Dicho auto fue recurrido ante la DGRN por los adoptantes, que alegaron que el menor adoptado convivía con ellos en España desde 2015 y que lo adoptaron mediante resolución judicial guineana en 2016. Por ello, solicitaron los recurrentes la práctica de una anotación marginal del

²³ Nótese igualmente, que la Ley 26/2015 incorpora una referencia genérica a las normas de la LRC, desapareciendo las menciones específicas a los arts.12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil, contenidas en la versión original del art.29 LAI.

²⁴ R. GARCÍA ARENAS Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre...cit”, pp.32 y 33.

documento ecuatoguineano de constitución de la adopción, argumentando que existía un acogimiento de hecho del menor que afectaba a ciudadanos españoles.

2. Fundamentación jurídica

29. El Centro Directivo comienza recordando en primer lugar que la autoridad española ante la que se plantea la validez de una adopción con ocasión de una solicitud de inscripción de nacimiento y marginal de adopción de su competencia, debe realizar el reconocimiento incidental de la documentación aportada para verificar si la adopción constituida por autoridad extranjera reúne o no los presupuestos y requisitos exigidos en el artículo 26 de la LAI para acceder al Registro Civil español, cuyas exigencias enumera.

30. La Dirección General insiste en que no es posible otorgar el reconocimiento a la adopción ni, por tanto, tampoco cabe proceder a la inscripción de la adopción mientras no se aporte el certificado de idoneidad de los adoptantes exigido por el art.26.3 LAI y recuerda que la DGRN ha sido estricta con la exigencia de este requisito, en cuya ausencia entiende que se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil español. Sin embargo, sorprende el Centro Directivo invocando su vieja doctrina en relación con el anterior art.9.5 Cc, en virtud de la cual se permitía a los adoptantes obtener el certificado de idoneidad con posterioridad a la adopción. Ahora bien, habida cuenta la negativa de la Entidad Pública española a expedir el mencionado certificado, la Dirección General concluye que, para poder inscribir la filiación adoptiva pretendida, deberá constituirse la adopción del menor extranjero ante un juez español. Y ello, sobre la base del art.2 CH 1993.

31. Por último, el Centro Directivo decide que, dado que el recurrente ha modificado la “causa petendi” y no existe pronunciamiento previo por el Encargado del Registro Civil español, no puede resolver acerca de la solicitud por la cual los recurrentes interesan la práctica de una anotación del documento extranjero. Recuerda, además, la Dirección General que el acogimiento familiar no es susceptible de inscripción en el Registro Civil español pero sí puede ser objeto de anotación en función de lo previsto en los artículos 38.3º de la LRC de 1957 y 154.3º de su reglamento (RRC). Asimismo, pone de manifiesto que el acogimiento de un menor extranjero no atribuye al acogido la nacionalidad española, así como que no es posible practicar una inscripción principal de nacimiento a cuyo margen se pueda anotar el acogimiento, habida cuenta que el nacimiento del menor no ha tenido lugar en España. Sólo cabe, por tanto, a juicio de la Dirección General, la práctica de una anotación de nacimiento con valor meramente informativo, a los solos efectos de servir de soporte al asiento marginal, anotación que deberá indicar su carácter especial y que será cancelada cuando desaparezca la situación que la motivó, conforme al art. 154.1º del RRC y al art. 38.2º LRC de 1957.

32. En consecuencia, la Dirección General desestima el recurso y confirma el auto impugnado.

3. Reflexiones críticas

33. Poniendo en relación las explicaciones que se han dado acerca del juego de los art.26.3, 27 y 29 LAI con el supuesto resuelto por el Centro Directivo, cabe realizar una serie de reflexiones acerca de los razonamientos jurídicos en los que se basa la Resolución analizada más arriba:

- 1ª) Nada hay que objetar al planteamiento que lleva a cabo la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública acerca del reconocimiento incidental de la adopción al amparo de los arts.26, 27 y 29 LAI, entre otros preceptos que se invocan.
- 2ª) No obstante, tanto el Encargado del Registro Civil como el propio Centro Directivo, se equivocan al entender que es posible obtener el certificado de idoneidad con posterioridad

a la constitución de la adopción por la autoridad ecuatoguineana. No se olvide aquí que el art.26.3 LAI exige que la Entidad Pública española declare la idoneidad de los adoptantes con carácter previo a la constitución de la adopción por la competente autoridad extranjera, abandonando así la doctrina de la DGRN en relación con el anterior art.9.5 Cc, mucho más flexible. No cabe, por tanto, reconocer una adopción extranjera cuando no se cumple este requisito y en consecuencia, la misma tampoco podrá ser objeto de inscripción en el Registro Civil español.

- 3^a) También yerra la Dirección General cuando dispone que los recurrentes pueden optar por constituir una adopción *ex novo* ante las autoridades españolas, al amparo del CH 1993, toda vez que Guinea Ecuatorial no es parte de dicho Convenio y en consecuencia, la adopción no entraría dentro del ámbito de aplicación del mismo. Ello, habida cuenta que el Convenio se aplica inter partes, cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. Tal y como establece el art.2 CH 1993, invocado igualmente por el Centro Directivo. Pero, es que, además, el Convenio solo contiene normas correspondientes al sector de la validez extraterritorial de decisiones y sobre cooperación de autoridades. No dispone, por tanto, de normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable a la constitución de una adopción. En consecuencia, no siendo aplicable el Convenio, la constitución de la adopción se regiría por las reglas de la LAI.
- 4^a) Ni la resolución del Encargado del Registro Civil español ni la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ni tampoco los recurrentes, han valorado que, conforme al art.26.3 LAI en relación con el art.176.2 LAI, atendiendo a las fechas que aparecen en la decisión comentada, tal vez cabría la posibilidad de que, en el caso examinado concurriese una de las excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico a la propuesta previa de la Entidad Pública. Ello, en tanto que, comparando tales fechas, en el momento de constituirse la adopción existía ya una convivencia previa del menor bajo la guarda y custodia de los adoptantes que podría ser de en torno a un año.
- 5^a) En cuanto a la anotación del documento extranjero, aún siendo razonables los argumentos del Centro Directivo, no se alcanza a ver el inconveniente para que, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, se proceda a la anotación en el RCE del documento extranjero de constitución de la adopción, que, por afectar a ciudadanos españoles, es apto para su anotación en el Registro Civil español. Ello, en tanto que, conforme a consolidada doctrina del Centro Directivo, la institución comporta una situación personal de prohijamiento o acogimiento que, al haberse constituido en el extranjero, será susceptible de dicha anotación por medio del documento auténtico extranjero (art. 81 RRC). La anotación con su limitación de efectos (art.38 LRC 1957 y art. 40 LRC de 2011, además de art.145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el art. 154.1 del propio Reglamento, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a la Ley la nacionalidad española del nacido (art. 66 RRC)²⁵.

²⁵ Vid. RDGRN de 1 abril 1996 (RJ 1996\4038).

La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo*

The freedom of movement of persons in accordance with the new family models. A view from the Pancharevo sentence

M^a JESUS SÁNCHEZ CANO

Profesora de Derecho Internacional Privado

(Universidad San Jorge)

Magistrada Suplente

Recibido: 17.06.2022 / Aceptado: 22.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7243

Resumen: La labor del TJUE se ha puesto especialmente de relieve en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art.7 CDFUE) y con la libertad de circulación y residencia a la que tienen derecho todos los ciudadanos de la Unión (art.21 TFUE** y art.45 CDFUE), respecto de los cuales, el Tribunal europeo ha tratado de realizar una interpretación que garantice la continuidad de las relaciones familiares en supuestos transfronterizos, frente a las limitaciones o restricciones establecidas por los poderes públicos de cada Estado. Con este objetivo y con el de favorecer la libertad de circulación de todos los ciudadanos de la Unión y asimilados, el TJUE ha interpretado principios como el de no discriminación por razón de la nacionalidad (art.18 TFUE y art.21 CDFUE), completando la noción de ciudadanía europea (art.20 TFUE).

Palabras clave: vida privada y familiar, libertad de circulación, principio de no discriminación, ciudadanía europea.

Abstract: The work of the CJEU has been particularly highlighted in relation both to the right to respect for private and family life (Art.7 CFEU) and to the freedom of movement and residence to which all citizens of the Union are entitled (Art.21 TFEU 2 and Art.45 CFEU), with regard to which the European Court has sought to provide an interpretation that guarantees the continuity of family relations in cross-border cases, as opposed to the limitations or restrictions established by the public authorities of each State. With this objective and with the purpose of encouraging the freedom of movement of all citizens of the Union and similar, the CJEU has interpreted principles such as non-discrimination on nationality (Art.18 TFEU and Art.21 CDFUE), completing the notion of European citizenship (Art.20 TFEU).

Keywords: private and family life, freedom of movement, principle of non-discrimination, European citizenship.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de investigación JIUZ2021-SOC-10: Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital, IP: Javier Martínez Calvo.

** En este punto, debe observarse que el apartado 2 del art.21 TFUE (art. 18 TCE) faculta a Parlamento Europeo y al Consejo “adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos [libre circulación y residencia].”

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. La noción de “miembro de la familia” de la Directiva 2004/38/CE, a la luz de la libertad de circulación del TFUE, según el TJUE. III. Soluciones específicas en relación con la libertad de circulación en la Unión Europea: La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea al hilo del Caso *Pancharevo*. 1. Antecedentes de hecho. 2. Fundamentos jurídicos de la Sentencia. IV. Valoración y conclusión.

I. Consideraciones iniciales

1. La expansión de nuevos modelos de familia en la sociedad actual¹ es un hecho que se hace patente en el ámbito de la Unión Europea, donde el matrimonio o uniones civiles entre personas del mismo sexo están permitidos en numerosos Estados miembros². Como consecuencia de esto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), se ha visto obligado a reinterpretar y reintegrar determinados conceptos propios del Derecho de familia, tales como “cónyuge”, “vida familiar”, “descendiente directo”, “familiares y asimilados”, etc., estableciendo nociones autónomas, independientes de las previstas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, con la finalidad de conseguir una interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea. Más aún, cuando se han planteado ante el Tribunal europeo supuestos en los que se han constatado graves deficiencias en relación a la salvaguarda del principio de igualdad y con respecto a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea en todos los Estados miembros.

2. La labor del TJUE se ha puesto especialmente de relieve en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art.7 CDFUE) y con la libertad de circulación y residencia a la que tienen derecho todos los ciudadanos de la Unión (art.21 TFUE³ y art.45 CDFUE)⁴, respecto de los cuales, el Tribunal europeo ha tratado de realizar una interpretación que garantice la continuidad de las relaciones familiares en supuestos transfronterizos, frente a las limitaciones o restricciones establecidas por los poderes públicos de cada Estado. Con este objetivo y con el de favorecer la libertad de circulación de todos los ciudadanos de la Unión y asimilados, el TJUE ha interpretado principios como el de no discriminación por razón de la nacionalidad (art.18 TFUE y art.21 CDFUE). Asimismo, el Tribunal ha completado el concepto de ciudadanía europea (art.20 TFUE)⁵ y los derechos que derivan del mismo,

¹ Acerca de los nuevos modelos de familia y los problemas que suscitan desde la óptica del DIPr, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 21, 2003, pp.109-143.

² En la UE, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Además, también se regula en Islandia, Noruega y se ha aprobado recientemente en Suiza a través de referéndum. Vid. https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/marriage/index_es.htm. y <https://www.swissinfo.ch/spa/suiza-parece-dispuesta-a-abrir-el-matrimonio-a-lesbianas-y-gays/46979396>. En cuanto a las uniones civiles registradas, consúltese, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_es.htm.

³ En este punto, debe observarse que el apartado 2 del art.21 TFUE (art. 18 TCE) faculta a Parlamento Europeo y al Consejo “adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos [libre circulación y residencia].”

⁴ El fundamento del citado derecho a la libre circulación y residencia se sitúa en los arts. 3.2 y 21, así como en los títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), junto al art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

⁵ El art.21 TFUE otorga la titularidad directa del derecho a la libre circulación y residencia a los ciudadanos de la Unión Europea, desarrollando lo dispuesto en el art. 20 TFUE, que define el concepto de ciudadanía europea y enuncia algunos de los derechos que derivan de esta circunstancia. El ejercicio de este derecho se ha hecho extensivo a los familiares de los ciudadanos de la Unión y asimilados, con el argumento de que favorece la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, por lo cual el establecimiento de límites desproporcionados supondría un obstáculo a dicha libertad. Todo ello, unido a la salvaguarda del derecho a la vida familiar, que, recogido, entre otros textos, como el art. 7 CDFUE y el art. 8 CEDH, se ha traducido en que los familiares de los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho derivado a la libre circulación y residencia. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 2017, asunto C-165/16: *Lounes*”, *La Ley Unión Europea*, Nº 56, 28 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 1305/2018).

con el fin de evitar que se establezcan restricciones injustificadas, que afecten al derecho a la vida privada y familia y que, por tal motivo, constituyan igualmente un obstáculo al ejercicio de la mencionada libertad de circulación⁶.

3. Dicho esto, en relación con el Derecho de la Unión Europea, conviene recordar diversas cuestiones que resultan de interés en orden al presente trabajo:

- 1^a) El ordenamiento jurídico de la Unión Europea es un ordenamiento propio, distinto del de los Estados miembros, que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, prevalece sobre los ordenamientos jurídicos de dichos Estados miembros. Por consiguiente, los poderes públicos de los Estados miembros se encuentran vinculados a los principios fundamentales y valores esenciales del Derecho de la Unión.
- 2^a) El art.52 CDFUE regula el alcance de los derechos garantizados en dicho instrumento legal, estableciendo la obligación de tener en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de limitar tales derechos, que se ejercerán de conformidad y con los límites previstos en los Tratados. Además, el párrafo tercero del citado precepto incorpora el principio de homogeneización en la interpretación del sentido y alcance de los derechos previstos en la Carta en correspondencia con los derechos garantizados en el CEDH y sus Protocolos, lo que supone tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH⁷.
- 3^a) El art.4.2 TUE establece que “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.” No obstante, tampoco hay que desconocer lo dispuesto en el párrafo 3 del mismo precepto, que invoca el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros y en cuya virtud, “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.”
- 4^a) Las condiciones para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, temporal o permanente, de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares se encuentran reguladas en la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados

⁶ Esta cuestión ya se abordó por esta autora en M.J. SÁNCHEZ CANO Y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La equidad como valor del orden público europeo y su aplicación en asuntos transfronterizos de Derecho de familia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, No 2, pp. 1070-1085. Las posibles limitaciones que pudieran causarse a la libertad de circulación en relación con la eficacia de los matrimonios del mismo sexo ya fueron puestas en evidencia por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 23, 2005, pp.11-70 .

⁷ Concretamente, respecto al derecho a la vida privada y familiar (art.8 CEDH), el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones. De entre la ingente jurisprudencia, cabe destacar aquí que el Tribunal ha establecido que la noción de “*vida privada*”, en el sentido del art. 8 del Convenio, “*es un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes*”, el derecho al “*desarrollo personal*”, o “*el derecho a la autodeterminación como tal*”, abarcando también “*elementos tales como el nombre*”, “*la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual*”, así como “*el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo*” [STEDH de 6 febrero 2001, Caso *Bensaid* contra Reino Unido (TEDH 2001/82) y STEDH de 29 abril 2002, Caso *Pretty* contra Reino Unido (TEDH 2002/23)]. Igualmente, es importante traer a colación la STEDH de 24 enero 2017, n° 25358/12 (Caso *Campanelli y Paradiso* contra Italia), según la cual el art. 8 CEDH ampara el derecho que tiene una familia válidamente constituida conforme al Derecho del Estado de origen a ser respetada en el Estado de destino, de tal manera que comprende la vida privada que se instituye con el desarrollo del vínculo familiar. A tal fin, lo relevante para valorar la existencia de un vínculo familiar es la duración y la calidad del mismo y no tanto la presencia de lazos de carácter sentimental o emocional. Únicamente en el supuesto de peligro grave y real para el menor, el Tribunal admite la posibilidad de injerencia estatal para garantizar los derechos fundamentales de los menores.

miembros⁸. En concreto, el art. 2.2) de la Directiva establece cuales son los sujetos que considera miembros de la familia: a) El cónyuge⁹; b) La pareja de hecho registrada, cuando la legislación del Estado miembro de acogida equipare esta relación al matrimonio; c) Los descendientes directos menores de veintinueve años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada¹⁰; d) Los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada. No cabe duda de que con la inclusión de los familiares que comprende el art.2.2 de la Directiva, lo que ha pretendido el legislador europeo es garantizar la continuidad de la situación familiar, en el caso de que estas personas deseen acompañar o reunirse con el ciudadano de la Unión Europea en otro Estado miembro (art.3.1)¹¹.

5^a) Hay que advertir que la aplicación de la Directiva no está exenta de controversia, dado que se han identificado numerosas carencias que comportan limitaciones al ejercicio de la libertad de circulación y residencia¹². De ahí, que un sector doctrinal se plantee la posibilidad de reformar el Derecho de la Unión Europea en esta materia, a fin de armonizar la regulación de la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión¹³.

4. Al mismo tiempo, a los efectos de la presente exposición, también resulta de interés el art.24 CDFUE, dedicado a los derechos de la infancia y que, en consonancia con el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, contempla el principio del interés del menor como consideración principal en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo tanto por autoridades públicas como privadas.

5. Tales extremos se abordarán al hilo de un problema específico que se plantea respecto a la libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea y que se resuelve en la STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, Asunto C-490/20, *V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* (ECLI:EU:C:2021:1008). En esta resolución, el Tribunal, como más adelante se estudiará, realiza

⁸ La Directiva se aprobó después de la supresión de las fronteras interiores, de conformidad con el Acuerdo Schengen y unifica en un solo texto otros instrumentos legislativos. Esta norma define igualmente los límites de dichas libertades por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, además de clarificar el régimen de los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, estudiantes o personas que no trabajen a cambio de una remuneración. Recuérdese que modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y deroga las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. A este respecto, consúltese, Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>. Para mayor información sobre esta materia, consúltese: Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, N.º 5771, Sección Unión Europea, 30 de Abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

⁹ Quedan comprendidos también los cónyuges del mismo sexo, conforme a lo resuelto en la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - *Coman y otros* (ECLI:EU:C:2018:385).

¹⁰ La Directiva no define qué debe entenderse por “descendiente directo”. A este respecto, el TJUE entiende que no cabe limitarse al sentido literal de la disposición, sino que, además, han de valorarse otros elementos tales como el contexto y objetivos que pretende alcanzar la norma en la que se integra. Vid. STJUE (Sala Tercera), de 7 de octubre de 2010, Asunto C-162/09-*Lassal* (ECLI:EU:C:2010:592), STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009, Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07 (ECLI:EU:C:2009:716), y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C129/18, *SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI:EU:C:2019:248), entre otras. También puede consultarse: Vid. también N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, n.º 71, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

¹¹ El TJUE ha puntualizado en qué supuestos estos familiares pueden ejercer el derecho derivado a la libre circulación y residencia. Son numerosas las resoluciones que han tratado esta materia, por poner algunos ejemplos, de entre todas ellas, cabe traer a colación las siguientes: STJUE (Gran Sala) de 25 de julio de 2008, Asunto C- C-127/08 - *Metock y otros* (ECLI:EU:C:2008:449), STJUE (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010, de 2010, C-310/08 - *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department* (ECLI:EU:C:2010:80), STJUE (Sala Tercera) de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm* (ECLI:EU:C:2012:691).

¹² Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>. Muy interesante resulta a estos efectos la siguiente obra: D. MARÍN CONSARNAU, “El Diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de extranjería: del Reino Unido al caso español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, No 2, pp. 270-293

¹³ Vid. D. MARÍN CONSARNAU, “El Diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de extranjería...cit”, p.272.

una interpretación del art. 4.2 TUE, de los arts. 20 y 21 TFUE y de los arts. 7, 24 y 45 CDFUE, en relación con el art. 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE. Ello, al resolver una petición de decisión prejudicial planteada, conforme al artículo 267 TFUE, por el *Administrativen sad Sofia-grad*, ante la negativa del Estado de origen de una de las progenitoras-Bulgaria- a expedir un certificado de nacimiento de una menor, nacida en el Estado miembro de residencia de sus progenitoras, por falta de información sobre la identidad de la madre biológica.

II. La noción de “miembro de la familia” de la Directiva 2004/38/CE, a la luz de la libertad de circulación del TFUE, según el TJUE¹⁴

6. Con carácter previo al análisis de la STJUE dictada en el Asunto *Pancharevo*, parece razonable, explicar la interpretación que ha venido dando el TJUE a los arts. 18 y 21 TFUE en relación con el art. 7 CDFUE. A tal fin, se han elegido resoluciones recientes y representativas, en tanto que definen también algunos de los conceptos clave que resultan de la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, que pueden ser de utilidad para estudiar con posterioridad los presupuestos del Asunto *Pancharevo*.

7. Así, el régimen de la libre circulación y residencia del art. 21 TFUE y la prohibición de discriminación del art. 18 TFUE han sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del TJUE, dando lugar a resoluciones que han armonizado la aplicación de dicho el régimen, de acuerdo con contenido y alcance del derecho al respecto a la vida privada y familiar. A este respecto, entre otras, destacan, por su relevancia, las siguientes: STJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96 - *Martínez Sala* (ECLI:EU:C:1998:217), STJUE de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99 - *Baumbast y R* (ECLI:EU:C:2002:493). También son importantes las STJUE (Pleno) de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02-*García Avello* (ECLI:EU:C:2003:539) y la STJUE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06 - *Grunkin y Paul* (ECLI:EU:C:2008:559), ambas en relación con el derecho al nombre.

8. Igualmente, para este trabajo conviene prestar especial atención a la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - *Coman y otros* (ECLI:EU:C:2018:385)], en tanto que incide la interpretación que debe otorgarse al art. 2.2. de la Directiva 2004/38/CE, en consonancia con los arts. 18 y 21 TFUE, dictaminando que también quedan comprendidos en su ámbito de aplicación los cónyuges del mismo sexo. De la citada resolución se obtienen las siguientes deducciones¹⁵:

- 1^a) Las legislaciones de los Estados miembros pueden regular o no el matrimonio del mismo sexo e incluso no admitirlo, si bien, en el ejercicio de sus competencias no pueden vulnerar la libertad de circulación que corresponde a todos los ciudadanos de la UE.
- 2^a) Cabe la posibilidad de que, en casos justificados, un Estado miembro haga valer su excepción de orden público internacional para impedir el libre ejercicio del derecho a la libertad de circulación, siempre y cuando se acredite la existencia de grave riesgo para los intereses generales de la sociedad. Ello supone que el Estado miembro de destino no tiene ninguna obligación de reconocer ni otorgar plenos efectos constitutivos a un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en el Estado de origen. Ahora bien, cosa distinta es que el Estado de destino reconozca la existencia de este matrimonio y la condición de cónyuge de un ciudadano de un tercer Estado, a los solos efectos de conceder un derecho de

¹⁴ Por su conexión con el tema del presente trabajo, se reproduce en este epígrafe lo expuesto por esta autora en la siguiente obra, ya citada: M.J. SÁNCHEZ CANO Y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La equidad como valor del orden público europeo ...cit”, pp. 1079-1081. Vid. asimismo, D. MARÍN CONSARNAU, “El Diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de extranjería...cit”.

¹⁵ Sobre las implicaciones en materia de Derecho Internacional privado que contiene esta sentencia, consúltese J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la sentencia del TJUE de 5 junio 2018 en el asunto Coman-Hamilton”, <http://accursio.com/blog/?p=85>; y, M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el As.C-673/16, Coman)”, *Crónica de Derecho Internacional Privado, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, www.reei.org.

residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, en tanto que no se conculca con ello el orden público internacional del Estado de destino.

- 3^a) De la sentencia parece deducirse que el TJUE, siguiendo la doctrina del TEDH, asienta la idea de que existe un derecho a la continuidad de las relaciones de familia o atinentes al estado civil de las personas en supuestos transfronterizos. Ello, sobre la base del derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido tanto en el art. 7 CDFUE como en el art. 8 CEDH.
- 4^o) En lo que se refiere a esta sentencia, cabe concluir que el propósito del Tribunal no ha sido obligar a los Estados miembros a garantizar la libre circulación de los «matrimonios» como institución jurídica. Antes al contrario, lo que en verdad pretende el TJUE es salvaguardar el derecho a la libre circulación de personas.

9. También cabe destacar la doctrina sentada en la STJUE de 26 de marzo de 2019, Asunto C 129/18, *SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI:EU:C:2019:248)¹⁶, en tanto que el Tribunal se ocupó de precisar el concepto de “descendiente directo” a los efectos de la Directiva 2004/38/CE. Concretamente, la cuestión prejudicial resuelta en la mencionada resolución se centraba en dilucidar si podía considerarse un “descendiente directo”, en el sentido del art. 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2004/38, al menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* o a una disposición equivalente prevista en la legislación de su país de origen. De esta sentencia cabe inferir las siguientes conclusiones:

- 1^a) El Tribunal de Justicia, atendiendo al principio de igualdad y a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, sostuvo que el término “descendiente directo” debe ser objeto de una interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión¹⁷.
- 2^a) En este punto, no debe olvidarse que el propósito de esta norma consiste en favorecer la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por todo el territorio de la Unión Europea, principio este que se encuentra recogido en el art. 21 TFUE y que se vería conculcado de establecer obstáculos desproporcionados a su ejercicio. Como tampoco puede desconocerse que con esta finalidad se ha hecho extensiva dicha libertad a otros sujetos, como los mencionados en el art. 2.2 de la Directiva, dado que, de este modo, se reconoce la continuidad de la relación familiar, ante la hipótesis de que estas personas quieran seguir al ciudadano de la Unión a otro Estado miembro o reunirse con él en dicho Estado.
- 3^a) El Tribunal de Justicia deja bien sentado que “no puede considerarse que un menor que se halla bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a una *kafala* sea “descendiente directo” de un ciudadano de la Unión”, habida cuenta que esta figura no crea un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*¹⁸. Sin embargo, el Tribunal de Justicia opta por dar respuesta a la solución litigiosa recurriendo a otro precepto de la Directiva, cual es el art. 3.2. a), salvaguardando, de este modo, tanto el principio del interés superior del menor¹⁹ como la unidad y continuidad familiar a la que se ha aludido con anterioridad y

¹⁶ A mayor abundamiento, Vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “La aplicación de la Directiva 2004/38/ce en supuestos de *kafala* (كفاليفك) internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n° 1, Marzo 2020, pp. 713-727.

¹⁷ Acoge aquí el TJUE la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10 (ECLI:EU:C:2011:866). También ha sido utilizado este principio en el Asunto, C-673/16-*Coman*, antes mencionado.

¹⁸ Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol. 2, Colección “Derecho y Letras” n° 1, Murcia, 2019, pp. 484-487. Destaca un sector doctrinal que, de no haber recurrido el TJUE a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de “descendiente directo”, se hubiera corrido el riesgo de que, a la luz del Derecho nacional, algún Estado miembro hubiera considerado que los menores en situación de *kafala* efectivamente son “descendientes directos” del ciudadano en cuestión, pudiendo dar lugar a interpretaciones diferentes en otros Estado miembros, lo que restringiría la libertad de circulación de aquellos ciudadanos que fuesen objeto de un trato desigual. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, n° 71, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

¹⁹ El TJUE ha tomado en consideración el principio del interés del menor en numerosas sentencias. Por todas, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 - *Chavez-Vilchez y otros* (ECLI:EU:C:2017:354).

que, como se viene afirmando, es uno de los objetivos de la Directiva relativa a la libre circulación. Entiende, por tanto, el Tribunal que la situación puede entrar en el ámbito de aplicación del art. 3.2 a), toda vez que la menor SM puede considerarse como “otro miembro de familia”, que se encuentra, en virtud de la *kafala*, decretada en el país de origen de la niña, a cargo de un ciudadano de la Unión que es beneficiario del derecho de residencia con carácter principal.

- 4º) No obstante, ordena ponderar también en cada supuesto examinado la concurrencia de peligro o riesgo de que los menores tutelados puedan ser víctimas de abuso, explotación o tráfico, motivo por el cual no descarta que los Estados miembros puedan efectuar los controles que estimen convenientes.
- 5º) La conclusión más destacada a la que llega el Tribunal, a los efectos del presente trabajo, es que, si queda demostrada la existencia de una vida familiar efectiva y de una relación de dependencia entre el menor y su tutor, los Estados miembros, dando cumplimiento al principio del interés del menor y al derecho a la vida familiar, deberán conceder al menor el derecho de entrada y residencia, con la finalidad de que pueda convivir con su tutor en el Estado miembro de la residencia de este. Esta solución resulta acorde con lo dispuesto en los arts. 7 y 24 CDFU, en relación con el Considerando 31 de la Directiva, y en el art. 8 CEDH, así como con la jurisprudencia del TEDH.

10. Por último, aunque en la Sentencia *Pancharevo*, la pareja había contraído matrimonio, no está de más traer a colación la STJUE (Sala Cuarta), de 12 de julio de 2018, Asunto C89/17, *Secretary of State for the Home Department y Rozanne Banger* (ECLI:EU:C:2018:570), en la cual se muestra a favor de que las parejas no casadas y no registradas se encuentren incluidas entre los beneficiarios del art.3.2 de la Directiva 2004/38/CE, al amparo del art.21 TFUE. En resumen, en lo que interesa al presente trabajo, de la sentencia se infieren los siguientes pronunciamientos:

- 1º) El TJUE sentencia a favor de interpretar el art.21 TFUE en el sentido de que obliga al Estado miembro del cual es nacional un ciudadano de la Unión a facilitar la autorización de residencia a la pareja estable no registrada de aquel, nacional de un tercer Estado.
- 2º) A juicio del Tribunal europeo, la resolución por la cual un Estado miembro deniegue la autorización mencionada en el párrafo anterior “debe basarse en un estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante y estar motivada.”
- 3ª) El art.3.2 de la Directiva 2004/38/CE es interpretado por el TJUE en el sentido de que faculta a los nacionales de terceros países comprendidos en el citado precepto para impugnar la resolución por la cual se deniegue la autorización de residencia.

III. Soluciones específicas en relación con la libertad de circulación en la Unión Europea: La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea al hilo del Caso *Pancharevo*²⁰

11. Como ya se ha indicado más arriba, se trata de una resolución que tiene su origen en la decisión de las autoridades búlgaras de denegar la expedición de un certificado de nacimiento de una menor, nacida en el Estado miembro de residencia de sus progenitoras, una de ellas nacional de Bulgaria, por falta de información sobre la identidad de la madre biológica. A continuación se explicarán los hechos que dan lugar a la sentencia, junto con los argumentos más relevantes aducidos por el TJUE.

²⁰ Para entender el alcance de la Sentencia, resulta muy interesante el siguiente comentario, que ha sido especialmente en consideración al redactar este apartado: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*”, <http://accursio.com/blog/?p=1450>.

1. Antecedentes de hecho

12. En síntesis, la controversia objeto del litigio presenta diversos elementos que, para una mejor comprensión de las cuestiones prejudiciales formuladas, parece conveniente desglosar en las siguientes consideraciones:

- 1^a) El punto de partida del litigio se sitúa en el matrimonio celebrado en Gibraltar entre dos mujeres, una con nacionalidad búlgara y la otra nacida en Gibraltar y por tanto, nacional del Reino Unido. En el año 2015, la pareja fijó su residencia en España. También en España nació su hija, en el año 2019, lugar donde reside con sus progenitoras. Así las cosas, las autoridades españolas expedieron el certificado de nacimiento de la hija, haciendo constar a ambas progenitoras, que figuraban en el documento como “madre A” y “madre.”
- 2^a) La menor tiene nacionalidad búlgara, dado que el Derecho búlgaro le atribuye dicha nacionalidad por ser una de las progenitoras nacional de Bulgaria. Al resultar preciso para la expedición del documento de identidad búlgara, el 29 de enero de 2020, se solicitó a las autoridades competentes del municipio de Sofía (Bulgaria) la expedición de un certificado de nacimiento de la niña, acompañando una traducción al búlgaro, jurada y legalizada, del asiento del Registro Civil de Barcelona relativo al certificado de nacimiento de dicha menor.
- 3^a) Tras haber requerido que se aportasen pruebas respecto de la filiación de la menor en relación con la identidad de la madre biológica, las autoridades búlgaras, el 18 de febrero de 2020, denegaron la emisión del referido certificado de nacimiento, bajo el argumento de que no acreditaba la identidad de la progenitora. Las mencionadas autoridades invocaron, además, la vulneración del orden público internacional búlgaro, habida cuenta que Bulgaria no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y en dicho certificado aparecen dos progenitores de sexo femenino.
- 4^a) La ciudadana búlgara interpuso un recurso contra esta resolución denegatoria ante el *Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria). Este órgano jurisdiccional remitió la cuestión prejudicial al TJUE, al albergar dudas “sobre si la negativa de las autoridades búlgaras a inscribir el nacimiento de una nacional búlgara que se ha producido en otro Estado miembro y que ha sido acreditado mediante un certificado de nacimiento en el que se mencionan dos madres, expedido por las autoridades competentes de dicho Estado miembro, vulnera los derechos conferidos a esa nacional por los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y los artículos 7, 24 y 45 de la Carta.”
- 5^a) En síntesis, el órgano jurisdiccional remitente solicita al TJUE que se pronuncie acerca de “si el Derecho de la Unión obliga a un Estado miembro a expedir un certificado de nacimiento, con el fin de obtener un documento de identidad de conformidad con la normativa de este, para una menor, nacional de ese Estado miembro, cuyo nacimiento en otro Estado miembro está acreditado por un certificado de nacimiento expedido por las autoridades de ese otro Estado miembro, de conformidad con su Derecho nacional, y que designa como madres de la menor a una nacional del primero de esos Estados miembros y a su esposa, sin especificar cuál de las dos mujeres dio a luz a la niña”. Junto a ello, pregunta “si el Derecho de la Unión exige que el certificado incluya, al igual que el expedido por las autoridades del Estado miembro en el que nació la menor, la mención de los nombres de esas dos mujeres en su condición de madres”. Asimismo, el remitente se cuestiona si incide en la resolución del caso que la otra madre de la niña sea nacional de Reino Unido, dado que este país ya no es Estado miembro de la Unión Europea.

2. Fundamentos jurídicos de la Sentencia

13. Resumiendo los argumentos del El TJUE, primeramente, hay que indicar que el Tribunal europeo recuerda que, dado que la ley búlgara atribuye la nacionalidad búlgara a la menor, la misma goza

del estatuto de ciudadana de la Unión, conforme al art.20.1 TFUE. En segundo término, el TJUE incide en el derecho que corresponde a todo ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en todo el territorio de los Estados miembros, si bien con subordinación a los límites y condiciones recogidas en los Tratados y demás disposiciones adoptadas para su aplicación. Ello, con arreglo a lo dispuesto en el art.21.1 TFUE.

14. Igualmente, el Tribunal viene a explicar que el objetivo del art.4.3 de la Directiva 2004/38/CE es, justamente, garantizar el ejercicio de la libertad de circulación y residencia (art.21.1 TFUE). Por este motivo, impone a los Estados miembros la obligación de expedir a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad. De ello resulta que, como ya dejó sentado el TJUE en el Asunto *Grunkin y Paul*²¹, las autoridades búlgaras se encuentran obligadas a expedir un documento de identidad o un pasaporte en el que conste la nacionalidad y el apellido de la niña tal como consta en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas, lo que incluye a cada una de las madres a las que se les reconoce el estatuto de progenitoras. Ello, independientemente de que se expida un nuevo certificado de nacimiento para la menor y sin que las autoridades búlgaras puedan invocar su Derecho nacional para negarse a reconocer el apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en el Estado miembro de nacimiento del menor y en el cual tiene su residencia, toda vez que la aplicación de dicho ordenamiento jurídico nacional sería contraria al art.21 TFUE.

15. Además, el Tribunal europeo, de acuerdo con la doctrina fijada en el Asunto *Coman*, antes estudiado, vincula los derechos reconocidos en el art.21 TFUE con el derecho a la vida familiar y a disfrutar de los miembros de su familia que tiene todo ciudadano de la Unión, tanto por lo que respecta al Estado miembro de su residencia como en relación con el Estado miembro de su nacionalidad (art.7 CDFUE). Esta es la razón por la cual, con arreglo al art.21 TFUE y a la Directiva 2004/38/CE, todos los Estados miembros han de otorgar el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de su derecho a la libre circulación a las dos mujeres que figuran como madres de la niña en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades españolas y en el cual se reconoce la existencia de vínculo de filiación, biológico o jurídico. Esto comporta que las autoridades búlgaras hayan de reconocer este vínculo de filiación para que la menor pueda hacer efectivos los derechos del art.21.1 TFUE con cada una de sus progenitoras.

16. En este orden de consideraciones, el TJUE, señala que los Estados miembros pueden regular o no en sus ordenamientos jurídicos el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la parentalidad de estas. Ahora bien, ello no obsta para que los Estados miembros hayan de respetar las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de circulación y residencia, reconociendo el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro con arreglo al Derecho de este. Ello, sin que pueda invocarse el orden público, con la salvedad de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

17. Sin embargo, las anteriores afirmaciones no conllevan, a juicio del TJUE, una obligación para el Estado miembro del que es nacional la niña-Bulgaria en este caso- a incorporar en su ordenamiento jurídico la parentalidad de personas del mismo sexo. Como tampoco supone que dicho Estado miembro deba reconocer el vínculo de filiación entre la menor y quienes figuran como madres en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades del Estado miembro de acogida-España en el asunto examinado-, con otra finalidad que no sea la de permitir el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión atribuye a la menor.

18. Teniendo en cuenta lo que antecede y atendiendo al principio del interés del menor (art.24 CDFUE) y al principio de no discriminación (art.18 TFUE y art.2 CEDH en relación con el art.7 CEDH), el TJUE resuelve que cualquiera que sea la nacionalidad de la menor y con independencia de si sus progenitoras tienen la condición de ciudadanas de la Unión, en virtud del certificado de nacimiento expe-

²¹ STJUE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06 - *Grunkin y Paul* (ECLI:EU:C:2008:559).

dido por las autoridades españolas, todas ellas deben ser consideradas por todos los Estados miembros como cónyuge y descendiente directa, respectivamente, en el sentido del artículo 2, punto 2, letras a) y c), de la Directiva 2004/38/CE, a los efectos del ejercicio de los derechos del art.21.1 TFUE y los actos del Derecho derivado correspondiente.

19 Por último, entiende el Tribunal europeo que “la circunstancia de que una de las progenitoras de la menor de que se trata sea una nacional del Reino Unido, que ya no es un Estado miembro, no tiene ninguna incidencia a este respecto”.

20. En definitiva, atendiendo a los razonamientos anteriores, el TJUE responde a la petición prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional búlgaro que “el artículo 4 TUE, apartado 2, los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y los artículos 7, 24 y 45 de la Carta, en relación con el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38, deben interpretarse en el sentido de que, en el caso de un menor ciudadano de la Unión cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida designa como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

IV. Valoración y conclusión

21. Se ha puesto de manifiesto que el problema de fondo del Asunto *Pancharevo* se situaba en dilucidar cómo debía proceder el Estado búlgaro en un supuesto en el cual las autoridades españolas habían determinado la filiación de una menor respecto de dos mujeres que habían contraído matrimonio en Gibraltar. Junto a esto, también suscitaba interés la hipótesis acerca de si las autoridades búlgaras podrían invocar su ley nacional, que no permite ni los matrimonios entre personas del mismo sexo ni la parentabilidad de estas, frente al Derecho de la Unión Europea y los derechos fundamentales reconocidos en él²².

22. Respecto a ello, como algún autor ha señalado²³, se han podido ver titulares en prensa que informan de que la justicia europea ha reconocido los derechos de los hijos de parejas LGTBI en toda la Unión Europea²⁴. Sin embargo, de la lectura de los epígrafes anteriores se desprende que quienes así opinan no han entendido el contenido y alcance del fallo de la Sentencia del TJUE en el Asunto *Pancharevo*. Ello, habida cuenta que el Tribunal europeo no ha sentenciado que los Estados miembros estén obligados sin más a reconocer la filiación establecida en otro Estado miembro. Antes al contrario, lo que ha resuelto el TJUE es que la filiación de una menor-nacional de Bulgaria- determinada en un certificado de nacimiento emitido por las autoridades de un Estado miembro-España- debe ser reconocida en los demás Estados miembros de forma automática, si bien, a los solos efectos de permitir el ejercicio de la libertad de circulación por todo el territorio de la Unión Europea tanto a la niña como a quienes figuran

²² Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *Ley Unión Europea*, núm. 102, de 29 de abril de 2022, Editorial Wolters Kluwer .

²³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE...cit”.

²⁴ Como ejemplos, véanse “La justicia europea reconoce los derechos de los hijos de parejas LGTBI en toda la Unión Europea”, <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/noticias-de-derecho/la-justicia-europea-reconoce-los-derechos-de-los-hijos-de-parejas-lgtbi-en-toda-la-union-europea-2021-12-17/>, o “La sentencia ‘Pancharevo’: una nueva libertad e los europeos”, <https://www.economista.es/energia/noticias/11813652/06/22/Argelia-niega-que-haya-cortado-las-relaciones-comerciales-con-Espana-y-garantiza-el-suministro-de-gas.html>, en la cual se dice que la sentencia “allana el camino a la futura propuesta de la Comisión europea sobre el reconocimiento del parentesco” y que “se da un paso de gigante en la creación de un nuevo Derecho de familia europeo”.

en dicho certificado como progenitoras, de conformidad con el art.21.1 TFUE²⁵. Sin que ello vulnere en el concreto caso analizado por el TJUE la identidad ni el orden público internacional búlgaros. Por consiguiente, Bulgaria no tiene obligación alguna de reconocer la filiación de la menor tal como ha sido establecida por las autoridades española, es decir, respecto de las dos progenitoras, a otros efectos legales distintos de los que derivan del art.21.1 TFUE.

23. Así las cosas, de haber optado el Tribunal por la respuesta contraria y por tanto, de haber admitido que las autoridades búlgaras podían negarse a expedir el documento de identidad o pasaporte de la menor, con fundamento en que su Derecho nacional no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la filiación derivada del mismo, se hubiera obstaculizado el ejercicio del derecho de la madre búlgara a circular y residir con su cónyuge y con su hija, tal como se determina por la ley española, en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea. Lo mismo cabe decir respecto de la menor, de la que también es posible predicar el derecho del art.21.1 TFUE, así como el derecho al respeto de su vida familiar del art.7 CDFUE; y por tal motivo, el reconocimiento de su filiación por las autoridades búlgaras lo es, justamente, para garantizar el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea con ambas progenitoras.

24. Luego, resulta obvio que la respuesta del TJUE toma como fundamento la libre circulación de personas en la Unión Europea y por consiguiente, el ejercicio de este derecho por parte de la niña con sus progenitoras requiere que cada una de ellas pueda disponer del documento que las habilite para viajar con la menor.

25. En cuanto a la valoración de la decisión, se ha dicho que el Tribunal obró “conforme a lo esperado” y “con una dosis de excesiva cautela”, optando en relación con el derecho a la libertad de circulación de la menor por un “discurso previsible y poco arriesgado²⁶.” Ciertamente, la solución del Tribunal en el Asunto *Pancharevo* sigue la línea emprendida tanto por el propio TJUE como por el TEDH, que atiende al respeto de los derechos adquiridos y a la búsqueda de soluciones equitativas, al matizar la aplicación del orden público internacional del Estado de destino en consonancia con los principios del Derecho de la Unión Europea y del CEDH. Ello sin que suponga el reconocimiento de plenos efectos de la situación jurídica concreta del Derecho de familia-en el supuesto examinado el matrimonio entre personas del mismo sexo y la filiación derivada del mismo- ,sino que, en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión, únicamente se reconocen aquellos efectos que permiten al individuo ejercer en todo el territorio de la Unión Europea los derechos fundamentales establecidos por el legislador europeo, sin restricciones injustificadas.

26. Sin embargo, en este punto, no puede olvidarse que, en todo caso, el valor superior que se pretende proteger por el TJUE es la continuidad en el Estado de destino de la relación jurídica familiar que se ha establecido válidamente en el Estado de origen. Por tanto, de acuerdo con la opinión de otros autores, cabe resaltar aquí la importancia valorativa de esta Sentencia y el notable progreso que comporta, toda vez que supone “un paso adelante de grandes proporciones hacia la libre circulación de situaciones jurídicas en la Unión Europea y un gran avance en la construcción de una sociedad diversa.²⁷”

²⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea...cit.” La respuesta del TJUE es considerada previsible a la vista del estado actual del Derecho de la Unión, además de correcta, aunque corta por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE...cit”. Este último autor destaca además que el TJUE en el Asunto *Pancharevo* ha fijado un concepto neutro de filiación, a partir del concepto de descendiente directo, respecto del sexo de los progenitores. También opina que el TJUE podría haber “hilado más fino” en relación con el certificado español, si bien valora que el Tribunal ha intentado encontrar el equilibrio entre garantizar las exigencias del Derecho de la Unión Europea y el respeto al Derecho civil búlgaro.

²⁶ Vid. S. Álvarez González, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE...cit.”

²⁷ Vid. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea...cit.”

Ainda a gestação de substituição na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Still the surrogacy in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

*Professora Associada da Escola de Direito
Universidade do Minho*

Recibido: 08.07.2022 / Aceptado: 27.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7245

Resumo: O caso *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland* é a mais recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) relativamente à gestação de substituição e o seu comentário é o pretexto para voltarmos a este tema. O caso envolve o reconhecimento do vínculo de filiação na Islândia de uma criança nascida através da gestação de substituição nos Estados- Unidos. Para análise da decisão do TEDH, faremos uma breve visita pelo conceito de direito ao respeito pela vida privada e familiar, estabelecido no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), e pela jurisprudência do TEDH em relação à gestação de substituição.

Palavras-chave: Gestação de substituição; turismo reprodutivo; reconhecimento da filiação; direito ao respeito pela vida privada e familiar; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Abstract: The case of *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* is the most recent decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding surrogacy and this comment is the pretext to return to this topic. The case involves the recognition of parenthood in Iceland of a child born through surrogacy in the United States. To analyse the ECtHR's decision, this comment makes a brief visit to the concept of right to respect for private and family life, established in Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), and to the ECtHR jurisprudence regarding surrogacy.

Keywords: Surrogacy; reproductive tourism; recognition of parenthood; right to respect for private and family life; European Court of Human Rights

Sumario: I. O caso *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland*. II. O direito ao respeito pela vida privada e familiar. III. Orientações gerais da jurisprudência do TEDH relativamente à gestação de substituição; IV. A decisão do TEDH; V. Notas reflexivas; 6. Conclusão.

I. O caso *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland*

1. O caso *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland* é a mais recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) relativamente à gestação de substituição e o seu comentário é o pretexto para voltarmos a este tema¹.

¹ V. os nossos A.S. SOUSA GONÇALVES, "O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição", em B. MAC CROIRIE, M. ROCHA, S. MOREIRA (Coord.), *Temas de Direito e Bioética, Novas questões do Direito da Saúde*, Vol. I, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 7-32; A.S. SOUSA GONÇALVES, "Procriação medicamente assistida", em P. PINTO DE ALBUQUERQUE (Coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. I, Coord., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 646-669.

O caso envolve o reconhecimento do vínculo de filiação na Islândia de uma criança nascida através da gestação de substituição nos Estados-Unidos².

2. Um casal, que residia na Islândia, decidiu recorrer à gestação de substituição na Califórnia. A criança nasceu, em resultado da gestação de substituição, em fevereiro de 2013, não tendo qualquer material genético dos membros do casal. A criança foi registada na Califórnia como sendo filha do casal beneficiário, tendo sido emitido um passaporte americano para a criança. A gestante renunciou a quaisquer direitos de parentalidade.

3. Já na Islândia, o casal de beneficiários pede o registo da criança e, conseqüentemente, o reconhecimento do vínculo da filiação constituído no estrangeiro, o que foi negado pelos serviços registrais islandeses com o argumento de que, na Islândia, mãe é quem dá à luz à criança, que neste caso era uma nacional dos Estados-Unidos; e a criança não tinha qualquer vínculo biológico com os beneficiários, estes sim, nacionais islandeses. Mais tarde a nacionalidade islandesa foi concedida à criança, mas os beneficiários não foram reconhecidos como pais da mesma. Entretanto, a Comissão de Proteção de Crianças assumiu a guarda da criança. Todavia, foi permitido, que a criança ficasse ao cuidado dos beneficiários. Em maio de 2015, o casal separou-se, mas ficou acordado que a criança ficaria aos cuidados de um dos beneficiários e do seu novo esposo, com total acesso do outro beneficiário e, mais tarde, os papéis inverter-se-iam, ficando a criança aos cuidados deste último beneficiário com total acesso do primeiro. Antes do divórcio, o casal de beneficiários tentou a adoção da criança, mas se acordo com a lei islandesa não era possível avançar com o processo de adoção enquanto estivesse pendente o pedido de reconhecimento de parentalidade, porque a adoção parte do pressuposto que os adoptantes não são pais da criança.

4. O caso seguiu para tribunal, onde, em primeira instância e por decisão de 2 de março de 2016, foi decidido o não reconhecimento do vínculo de filiação da criança constituído nos Estados-Unidos a favor dos beneficiários, porque esse resultado seria manifestamente incompatível com princípios fundamentais do Estado do foro. Foi considerado que a recusa de registo e reconhecimento da filiação, apesar de constituir uma interferência na vida privada e familiar dos beneficiários, justificava-se porque visava evitar a gestação de substituição, proibida na Islândia, protegendo as mulheres de pressões injustificadas para servirem de gestantes; protegendo as crianças que tinham direito a ter informação sobre as suas origens; e protegendo ambas de eventuais explorações e abusos. Também foi considerado que o superior interesse da criança não se poderia sobrepor aos princípios legais fundamentais relativos à filiação. Esta decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal islandês.

5. O caso chega ao TEDH a pedido dos beneficiários da gestação de substituição, invocando que as decisões das autoridades islandesas constituíam uma interferência no direito ao respeito pela vida privada e familiar, previsto no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

II. O direito ao respeito pela vida privada e familiar

6. O art. 8º, n.º 1, da CEDH, consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, protegendo a vida privada e a salvaguarda dos laços familiares efetivos existentes. O n.º 2, da mesma norma, proíbe intromissões ilegítimas e arbitrárias por parte dos Estados, obrigando o Estado a respeitar a esfera de autonomia da família e da vida privada. Uma intromissão do Estado na vida familiar estará de acordo com o art. 8º, desde que, como se pode ler no n.º 2 da referida disposição legal, esteja prevista na lei, prossiga um dos objetivos legítimos previstos nesta norma (a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros) e que seja uma providência necessária numa sociedade democrática para atingir esse fim.

² TEDH 18 maio 2021, *Case of Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, no. 71552/17.

7. O art. 8º protege o indivíduo contra a ação arbitrária das autoridades públicas (resultando da norma uma obrigação negativa), mas também impõe aos Estados obrigações positivas no sentido de estes criarem condições efetivas de respeito pela vida privada e familiar. Em ambos os casos, é reconhecido aos Estados uma margem de apreciação na sua forma de atuação, em que deve ser tomada em consideração a necessidade de equilíbrio entre o interesse do indivíduo e da comunidade³. Para esse efeito, deve haver uma ponderação dos interesses públicos e privados em questão, dentro de uma margem de apreciação dos Estados.

III. Orientações gerais da jurisprudência do TEDH relativamente à gestação de substituição

8. Na jurisprudência do TEDH, os casos que se colocaram em relação à gestação de substituição dizem respeito ao reconhecimento dos efeitos legais das gestações de substituição constituídas no estrangeiro, especificamente o reconhecimento de direitos de filiação constituídos à luz de uma lei estrangeira, relativamente aos beneficiários, tal como na situação que estamos a comentar.

9. Quanto ao conceito de vida familiar, presente no art. 8º, n.º 1, resulta da jurisprudência analisada que o conceito de vida familiar não abrange apenas relações familiares decorrentes do casamento. É antes uma noção de facto, que depende da existência real de laços pessoais próximos, que abrange outros laços familiares de facto entre pessoas que vivem fora do casamento e relações com consistência suficiente⁴. O art. 8º da CEDH não garante o direito a desejar ter uma família ou a adotar, pressupondo antes a existência de uma família, ou pelo menos uma relação potencial, como uma criança nascida fora do casamento e seu pai, ou a relação que surge de um casamento ou de uma adoção legal⁵.

10. Em relação ao conceito de direito à vida privada, também previsto no art. 8º, o TEDH tem reiteradamente afirmado um conceito amplo de vida privada para efeitos do art. 8º abarcando: a integridade física e psicológica da pessoa; o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros; aspetos da identidade física e social de um indivíduo; o direito ao desenvolvimento pessoal ou o direito à autodeterminação; o direito ao respeito pela decisão de ter ou não ter um filho; a tutela dos laços emocionais criados e desenvolvidos entre um adulto e uma criança em situações diferentes das clássicas situações de parentesco, como os laços desenvolvidos entre a criança e os pais beneficiários da gestação de substituição, já que isso se integra na vida e identidade social dos indivíduos⁶.

11. Em relação à gestação de substituição, o art. 8º impõe o reconhecimento de uma relação legal de filiação entre a criança nascida de uma gestação de substituição no estrangeiro e o pai beneficiário que também seja pai genético, na vertente do direito ao respeito pela vida privada da criança⁷. Já para o estabelecimento da filiação entre a criança e o outro beneficiário do casal que não é o pai genético da criança, o art. 8º exige a ponderação de dois elementos conflituantes no caso concreto: o superior interesse da criança e a margem de apreciação dos Estados que envolve interesses públicos de política legislativa, sendo o interesse da criança prioritário⁸.

12. Na jurisprudência do TEDH reconhece-se, por um lado, o interesse dos Estados em proibir o turismo reprodutivo, impedindo que os seus cidadãos viagem para o estrangeiro para recorrer à gestação de substituição com a expectativa de a filiação daí resultante, constituída de acordo com uma lei estran-

³ TEDH 18 Dezembro 1986, *Johnston and Others c. Ireland*, no. 9697/82, § 55; TEDH 21 Fevereiro 1990, *Powell and Rayner c. The United Kingdom*, no. 9310/81, §41; TEDH 26 Maio 1994, *Keegan c. Ireland*, no. 16969/90, § 49.

⁴ TEDH 27 janeiro 2015, *Paradiso and Campanelli c. Italy*, no. 25358/12, §67-70.

⁵ *Idem, ibidem*.

⁶ TEDH 24 janeiro 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italy [GC]*, no. 25358/12, §153-154.

⁷ TEDH 26 junho 2014, *Mennesson c. France*, no 65192/11; TEDH 26 junho 2014, *Labassee c. France*, no 65941/11; TEDH 21 julho 2016, *Foulon and Bouvet v. France*, nos. 9063/14 e 10410/14; TEDH 19 janeiro 2017, *Laborie c. France*, no 44024/13.

⁸ *Idem, ibidem*.

geira, seja reconhecida no seu país de origem⁹. Reconhece-se também que este problema levanta dúvidas morais e éticas e que não há consenso entre os Estados europeus. Todavia, é considerado que a margem de apreciação dos Estados neste caso deve ser reduzida, porque está em causa uma dimensão particularmente importante da identidade da criança, como a identificação das pessoas responsáveis por ela e pelo seu bem-estar e o ambiente social e familiar em que vive¹⁰. Por outro lado, de acordo com o art. 8º, é no superior interesse da criança o reconhecimento da relação de filiação entre a criança e a mãe beneficiária que não tem laços genéticos com a criança, que fica numa situação de incerteza jurídica quanto à sua identidade social e familiar em caso de não reconhecimento, com impactos negativos graves no direito ao respeito à vida privada da criança¹¹. Já quanto aos meios a que o Estado deve recorrer para reconhecer o laço jurídico constituído à luz da lei estrangeira, entre a criança e a mãe beneficiária que não tem laços genéticos com a criança, é uma questão que integra a margem de apreciação dos Estados¹².

13. A situação será diferente quando não existem vínculos biológicos entre a criança nascida através de uma gestação de substituição no estrangeiro e os beneficiários. Neste caso, não existindo consenso entre os Estados europeus e face às questões éticas e morais sensíveis que a situação coloca, os interesses públicos dos Estados que não reconhecem os vínculos de filiação com os beneficiários devem prevalecer, desde que seja determinado que a criança não sofre danos irreversíveis ou irreparáveis com a separação e o não reconhecimento dos vínculos jurídicos com os beneficiários¹³. Os interesses públicos em causa consistem na proteção das crianças e mulheres afetadas por esta prática e o desencorajar dos cidadãos dos Estados em recorrer à gestação de substituição no estrangeiro, com a expectativa da situação ser reconhecida no seu país de residência. Assim, a margem de apreciação dos Estados, ao abrigo do art. 8º, n.º 2, permite a existência de políticas dissuasórias dos Estados em relação a este turismo reprodutivo, quando não existem vínculos biológicos com a criança^{14 15}.

IV. A decisão do TEDH

14. No caso *Valdís Fjölnisdóttir* coloca-se novamente a difícil questão da não existência de vínculo biológico entre a criança e os beneficiários da gestação de substituição que pedem o reconhecimento do vínculo da filiação.

15. No caso, o TEDH começou por analisar a existência de vida familiar, reiterando que pode existir vida familiar, mesmo que não haja vínculos biológicos ou legais, desde que existam na prática laços pessoais próximos, devendo ser avaliada a qualidade destes laços entre a criança e os beneficiários, através de indícios como o papel desempenhado pelo casal no cuidado da criança, o tempo de coabitação, entre outros¹⁶. Como a criança sempre esteve ao cuidado do casal beneficiário desde 2013, residindo primeiro com ambos e depois com cada um alternadamente, a passagem do tempo reforçou o vínculo entre os três, tendo os beneficiários assumido o papel de pais da criança e sendo vistos como pais pela própria criança. Nesta medida, o TEDH não se desviou na jurisprudência já anteriormente estabelecida relativamente ao conceito de vida familiar, considerando que existia neste caso¹⁷.

⁹ TEDH 26 junho 2014, *Menesson c. France*, no 65192/11; TEDH 26 junho 2014, *Labassee c. France*, no 65941/11.

¹⁰ *Idem, ibidem*. No mesmo sentido, TEDH 10 Abril 2019, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother Requested by the French Court of Cassation [GC]*, no. P16-2018-001.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² TEDH 10 Abril 2019, *Advisory opinion*, Cit.

¹³ TEDH 24 janeiro 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italy [GC]*, no. 25358/12.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a jurisprudência do TEDH, v. A.S. SOUSA GONÇALVES, “O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro”, Cit., pp. 7-32. Sobre a gestação de substituição no direito comparado, v. D. Coutinho 2022, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Almedina, Coimbra, pp. 243-328.

¹⁶ TEDH 18 maio 2021, *Case of Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, no. 71552/17, §59-61.

¹⁷ *Idem, ibidem*.

16. Tendo reconhecido a existência de vida familiar, também considerou que houve uma interferência da Islândia nessa mesma vida familiar¹⁸, sendo necessário, em seguida, averiguar, se essa interferência era justificada, de acordo com o art. 8º, n.º 2, da CEDH: esteja prevista na lei; prossiga um dos objetivos legítimos previstos na norma; que seja uma providência necessária numa sociedade democrática.

17. Analisando estas exceções, o TEDH concluiu que a recusa de reconhecimento da filiação constituída nos Estados-Unidos estava de acordo com a lei e não resultava de uma interpretação arbitrária ou desrazoável¹⁹. Além disso, também foi considerado que a proibição da gestação de substituição na Islândia prosseguia o objetivo legítimo de proteção das mulheres contra pressões para serem gestantes de substituição e de proteção dos direitos das crianças em conhecer os seus pais naturais²⁰. Por fim, e em relação a apurar-se a interferência foi necessária é preciso analisar a margem de apreciação dos Estados, que é entendida de forma ampla, e implica o equilíbrio entre interesses públicos, privados e os direitos que resultam da CEDH. Neste caso, como as autoridades islandesas tomaram medidas para garantir a manutenção dos laços entre a criança e o casal que recorreu à gestação de substituição, o Tribunal considerou que tinha sido obtido um equilíbrio justo entre o direito do casal ao respeito pela sua vida familiar e os interesses da Islândia em proibir a gestação de substituição e que não tinha existido, no caso, nenhuma violação do art. 8º da CEDH²¹.

V. Notas reflexivas

18. Na decisão do caso *Valdís Fjölfnisdóttir*, temos de reconhecer que existe uma certa coerência do TEDH com decisões anteriores. Todavia, já tínhamos anteriormente criticado a perspetiva com que o Tribunal, a partir do caso *Paradiso e Campanelli*, passou a decidir os casos de gestação de substituição²², e voltamos a fazê-lo agora.

19. Na decisão *Paradiso and Campanelli* da Grande Câmara, o caso foi analisado na perspetiva do direito ao desenvolvimento pessoal dos beneficiários em estabelecer uma relação com a criança²³. Já os casos anteriores, relativos ao reconhecimento dos efeitos legais das gestações de substituição constituídas no estrangeiro, tinham sido analisados na perspetiva do direito à vida privada da criança²⁴. No caso *Paradiso and Campanelli*, o superior interesse da criança deixou de ser considerado o elemento essencial do caso, como tinha sucedido no caso *Mennesson e Labasee*, para este se passar a centrar no direito dos adultos²⁵, invertendo-se a perspetiva sobre o caso e ignorando-se que o superior interesse da criança apenas poderia ser considerado em toda a extensão se fosse avaliado o direito da criança ao respeito pela sua vida privada. O mesmo sucede na decisão *Valdís Fjölfnisdóttir*, em que o caso é decidido essencialmente na perspetiva do direito à vida familiar do casal beneficiário, não se equacionando na balança o superior interesse da criança e o direito da criança ao respeito pela sua vida privada.

20. De certa forma, também nos parece que esta é a razão pela qual o juiz Lemmens faz uma declaração final, em que recorda que o direito da criança ao respeito pela sua vida privada implica re-

¹⁸ TEDH 18 maio 2021, *Case of Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, Cit., § 63.

¹⁹ *Idem, ibidem*, Cit., § 64.

²⁰ *Idem, ibidem*, Cit., § 65.

²¹ *Idem, ibidem*, Cit., § 67-75.

²² A.S. SOUSA GONÇALVES, “O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição”, Cit., pp. 7-32.

²³ TEDH 24 janeiro 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italy [GC]*, no. 25358/12.

²⁴ TEDH 26 junho 2014, *Mennesson c. France*, no 65192/11; TEDH 26 junho 2014, *Labassee c. France*, no 65941/11.

²⁵ Claire Fenton-Glynn chega mesmo a considerar que, na decisão *Paradiso*, a criança foi reduzida a um objeto de direitos: C. FENTON-GLYNN 2017, “International surrogacy before the European Court of Human Rights”, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, n.º 3, p. 561.

conhecer a relação de filiação entre a criança e os beneficiários e o direito da criança a estabelecer a sua identidade como ser humano com direitos, e não ficar num limbo jurídico devido ao comportamento dos beneficiários ou às visões morais da sociedade²⁶. Concordamos com esta argumentação, porém já não podemos concordar com a conclusão final, onde é dito que apesar do referido não se discorda da decisão final do acórdão do TEDH, porque “the applicants in their application to the Court relied explicitly on the right to respect for family life and did not mention the right to respect for private life”²⁷. Ora, este parece-nos um argumento muito frágil e que esquece completamente o superior interesse da criança, como aliás a decisão principal.

21. O casal requerente dirigiu-se ao TEDH invocando o respeito pela sua vida privada e familiar e nunca poderia ter invocado o direito da criança ao respeito pela sua vida privada, porque não eram considerados pais da criança, nem tinham a representação legal da criança. A criança foi entregue ao casal requerente apenas com a finalidade de residir com este e para este cuidar da criança. Como resulta do caso, o direito de guarda da criança foi entregue à Comissão de Proteção da Criança do município dos requerentes, uma entidade pública que seria a sua representante legal que, obviamente, não teve qualquer iniciativa para invocar os direitos da criança num processo instaurado contra a Islândia.

22. A questão que se deve colocar ao TEDH é quem defende os direitos da criança? Quem defende o direito da criança ao respeito pela sua vida privada, incluindo o direito que tem ao reconhecimento da relação de filiação e o direito a estabelecer a sua identidade? O casal requerente não o pode fazer porque não é representante legal da criança; a criança não tem capacidade jurídica e judiciária para o fazer, porque é menor de idade e não tem ainda discernimento para compreender o que está em causa; o representante legal da criança é uma autoridade islandesa e, sendo a Islândia a outra parte do processo, existe um óbvio conflito de interesses.

23. Nem se pode dizer, em nossa opinião, que a decisão do caso *Valdís Fjölfnisdóttir* não põe em causa o superior interesse da criança, pois o resultado é a criança ficar num limbo jurídico. Ora vejamos, há uma relação de vida familiar entre a criança e o casal requerente (como o TEDH reconheceu), mas esta não é considerada filha dos requerentes. Esta reside com os requerentes e está aos seus cuidados, mas não sendo considerada legalmente filha dos mesmos, não verá reconhecidos certos direitos que teria se fosse estabelecido o vínculo da filiação: como direitos sucessórios ou direitos a certas prestações sociais, entre outros. Além disso, a criança vê um dos elementos essenciais da sua identidade ser-lhe negado: o ser filha daquele casal que cuida da criança desde que esta nasceu e que ela identifica como seus pais.

VI. Conclusão

24. Parece-nos que a orientação jurisprudencial que o TEDH começou a desenhar no caso *Paradiso and Campanelli* deve ser repensada e voltar-se a centrar no superior interesse da criança e no seu direito ao respeito pela sua vida privada. Parece-nos que, em situações de gestação de substituição, quando ficar provado que há danos irreparáveis para a criança em caso de não reconhecimento de vínculos jurídicos entre esta e os beneficiários, o superior interesse da criança deve prevalecer e, no confronto entre interesses públicos e privados, a margem de apreciação dos Estados deve limitada, o que levará a um desfecho diferente daquele que observamos na decisão *Valdís Fjölfnisdóttir*.

25. Além disso, estes casos demonstram que os Estados não podem ignorar a gestação de substituição e devem acompanhar a evolução científica, regulamentando-a. É certo que existirão sempre

²⁶ Lemmens, “Concurring opinion o Judge Lemmens”, TEDH 18 maio 2021, *Case of Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, no. 71552/17, §4.

²⁷ *Idem, ibidem*, § 5.

Estados mais permissivos, que abrem a porta à exploração das crianças e das mulheres pelo turismo reprodutivo e pelos interesses comerciais envolvidos. Todavia, esta realidade só pode ser ultrapassada pelo desenvolvimento de consensos alargados entre os Estados, que resultem de instrumentos internacionais²⁸, como os trabalhos que estão a ser desenvolvidos sobre a gestação de substituição no âmbito da Conferência da Haia.

²⁸ Também com esta opinião, A. L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ 2015, “Gestación por sustitución y derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 2, pp. 111-112; H. FULCHIRON 2014, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international”, *Clunet*, n.º 2, pp. 576-578; C. FENTON-GLYNN, “International surrogacy before the European Court of Human Rights”, *Cit.*, p. 566; A. S. SOUSA GONÇALVES, “O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro”, *Cit.*, pp. 7-32.

A case study of international notarization cooperation in private international law: a notarized power of attorney signed by a French citizen to accept a real estate gift

Estudio sobre un caso de cooperación notarial internacional en materia de derecho internacional privado: poder notarial firmado (en China) por un ciudadano francés para aceptar una donación de inmueble

MR. ZHENG ZHANG

MR. YONG CAI

Notaries

Recibido: 2.02.2022 / Aceptado: 03.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7246

Resumen: This case reflects how Chinese notaries and French notaries cooperate to provide high-quality legal services for the parties in the background of global epidemic.

Keywords: Private international law, international notarization cooperation, pandemic, France

Resumen: Este supuesto pone de manifiesto la cooperación entre notarios de China y Francia para ofrecer servicios jurídicos de alta calidad a las partes en el entorno de una pandemia global.

Palabra clave: Derecho internacional privado, cooperación notarial internacional, pandemia, Francia.

Summary: I. Background. II. Notarization process and results: 1. The difficulty of this case is the applicability of notarized power of attorney for French properties issued by Chinese notarial institutions complying with Chinese laws and regulations but used in France. 2. Notaries from China and France jointly participated in drafting of the power of attorney. 3. Substantive examination with the assistance of a French notary. 4. Notary Offices in Shanghai and Sichuan cooperated to complete the notarization. III. Outcome. IV. The voice of notary. Annexes.

I. Background

1. In September 2020, Mr. Alain, a French citizen working in Shanghai, sought notarized power of attorney from a Chinese notary office for notarization procedures for accepting real estate gifts in France.

2. The donors are Mr. Alain's parents and the donees are Mr. Alain and his elder brother Pierre. The object of the gift is the virtual ownership of several real estates located in France, and the donor retains the usufruct of the real estates until his death. The form of gift is a split gift.

3. According to French laws, both the donor and the donees are requested to sign a split gift contract in front of a notary. In this case, one of the donees, Mr. Alain was unable to return to France due to COVID-19. However, he can apply for notarized power of attorney and authorize another person to handle the formalities on behalf of him, provided that the notarization certificate should be a "public document" (actual and authentic) recognized and approved by French law.

* zhangzhennotary@163.com

4. As the case involved complexity issues of private international law and the transnational applications of notarial document, Mr. Alain asked help from a professional team of the Shanghai Jing'an Notary Public Office and the Chengdu Luzheng Notary Public Office in Sichuan Province, recommended by French notary.

II. Notarization process and results

5. After receiving the application, the two notary offices assigned Mr. Zheng ZHANG and Mr. Yong CAI, who are fluent in foreign languages and experts in notary business, familiar with relevant French laws, to communicate with the parties, formulate a notarization plan as follows:

1. The difficulty of this case is the applicability of notarized power of attorney for French properties issued by Chinese notarial institutions complying with Chinese laws and regulations but used in France

6. According to the French domestic laws, any the power of attorney involving consent or acceptance of gift, mortgage and purchase of forward delivery properties must be made in the form of "public document". Therefore, the French notary who accepts the split gift business requires that the power of attorney submitted by Mr. Alain must be a public document produced by the notary.

7. Article 1369 of the French Civil Code stipulates: "The public document is one which has been received, with the required solemnities, by a public officer having competence and quality to act". Among them, notarial document are the most typical public documents. A notarial document issued by a foreign notary will be considered equivalent to a French notarial document if the country falls under the civil law notary system. The International Union of Notaries (UINL) is the global representative of the civil law notary system. Both China and France are members of the UINL.

8. Mr. Zheng ZHANG and Mr. Yong CAI communicated with the French notary who accepted the split gift business in timely manner. Feedbacks from French notaries, since China is a member of the UINL, the Superior Council of Notaries highly encourages French notaries to recognize and adopt Chinese notary documents in civil procedures. In this case, as long as the process of notarized power of attorney by Chinese notaries complies with the principle of "public document" in the civil law notary system, the notarized power of attorney can be regarded as the "public document" and adopted by French notaries in French.

9. According to the basic principles of the civil law notary system, when preparing public documents, the notary should ensure that the parties have read and fully understand the entire contents of the documents, and must clarify the legal provisions to the parties on the contents of the documents, as well as confirm that the parties clearly understand the legal meaning and consequences of the documents. It should be noted that, in matters involving real estates in France, "authenticated" instruments that only certify signatures are not recognized.

10. Based on the above situation, Mr. Zheng ZHANG and Mr. Yong CAI agreed after discussion that the entrusted notarial documents made in China can meet the requirements of "public document" in French real estate. Then, Mr. Yong CAI communicated with the French notary to explain and clarify the functions of Chinese notaries in notarized power of attorney, and finally got a positive reply from the other party.

1. Notaries from China and France jointly participated in drafting of the power of attorney

11. In this case, according to the relevant French regulations, the power of attorney signed by the parties needs to include the complete and detailed contents of the split gift contract. Therefore, the French notary who accepted the split gift contract provided Chinese notary with the draft power of attorney in French. As the difference in production modes of notarial documents between China and France, the power of attorney drafted by French notary is a notarial document itself, requiring transform to meet Chinese regulations and provisions as well.

12. Mr. Yong CAI is proficient in French and is familiar with French civil law and notary law. He exchanged views with the French notary through e-mail for many times, jointly drafted the final version of the power of attorney, explained and informed Mr. Alain in details. In the cooperation of Chinese and French notaries, the parties fully understand the contents of the power of attorney, especially the terms involved “pre-arrangement of inheritance split and gift”, “gift of virtual rights”, and “the reservation of the donor’s usufruct” etc. in the document.

1. Substantive examination with the assistance of a French notary

13. In this case, two Chinese notaries conducted substantive examination on the identities and properties of the persons involved in the power of attorney, including the French civil register and real estate ownership certificates that reflect the relationship between the donor and the donee. The review was conducted with the cooperation of French notaries. The relevant materials were collected and verified by French notaries and sent directly to the Chinese notaries by e-mail, which provides great convenience for the parties.

2. Notary Offices in Shanghai and Sichuan cooperated to complete the notarization

14. After preparations, Mr. Zheng ZHANG received Mr. Alain, the French donee at Shanghai Jing’an Notary Office, while Mr. Yong CAI “virtually attend” by remote video in his Chengdu Notary Office, cooperated with Mr. Zheng ZHANG, to explain to Mr. Alain in French regarding the power of attorney, notice, inquire records and other relevant documents. Finally, the parties signed all the documents at Shanghai Jing’an Notary Office, completed process of the power of attorney, follow-up Chinese-French translation of notarized certificates, dual authentication and other procedures, ensuring a smooth use of notarial documents in France.

III. Outcome

15. First, Shanghai and Chengdu (Sichuan Province) notaries work together to integrate industry talents and geographic advantages to solve the problems in private international law under the background of normalization of epidemic prevention and control.

16. Secondly, it is a successful case of cross-border cooperation between Chinese and French notaries in the field of private international law. It not only reflects the professionalism and confidence of Chinese notaries, but also encourages Chinese notaries to continue in the field of private international law and cross-border cooperation.

17. Thirdly, this case has got great feedbacks and enthusiastic responses among notary communities in China and France, as well as the UINL, showing a good image of Chinese Notarization to the world.

IV. The voice of the Notary

18. China's notarization is moving towards the world with a positive attitude. As the vice chairman of the UINL, it reflects the steady and powerful pace of China's notarization reform and development and shows the continuous expansion of China's notarization's international influence⁹.

19. **As a new generation of Chinese notaries, we should seize the opportunity given by the times, constantly consolidate our professional capabilities, improve foreign language skill and core competitiveness of Chinese notaries on the international notary platform. We need to strengthen exchanges and cooperation with foreign notaries, broaden our vision, work in a down-to-earth manner, to contribute to the "Belt and Road" and a law-based international business environment¹⁰.** Annex 1: Power of attorney

PROCURATION

Monsieur Alain, époux de Madame XXXX, demeurant à XXXXXX.

Né à xxxx le xxxxxx.

Marié à xxx (CHINE) le xxxxx sous le régime de la séparation de biens, aux termes de leur contrat de mariage reçu par Monsieur xxxxx, vice consul, chef de Chancellerie au Consulat général de FRANCE à xxxxx (CHINE), le xxxx 201x.

Ce régime matrimonial n'a pas fait l'objet de modification.

De nationalité française.

Non résient au sens de la réglementation fiscale.

Figurant ci-après sous la dénomination "le **CONSTITUANT**" ou "le **MANDANT**".

Mandat

Le **MANDANT** constitue, par les présentes, pour son mandataire spécial :

Tout collaborateur de la Société Civile Professionnelle "xxxxx", titulaire d'un Office Notarial à xx, xx, rue xxx, avec Bureau à xxx, 21 rue de xxx.

A qui il donne pouvoir pour lui et en son nom,

A l'effet d'accepter la donation à titre de partage anticipé, consentie à titre d'avancement de part successorale, que se proposent de faire :

Monsieur Jean, retraité, et Madame Juliette, retraitée, son épouse, demeurant ensemble à XXXXXX

Monsieur est né à xxx le xxxx,

Madame est née à xxx le xxxx.

Mariés à la mairie de xxx le xxxx sous le régime de la communauté d'acquêts à défaut de contrat de mariage préalable.

Ce régime matrimonial n'a pas fait l'objet de modification.

Monsieur est de nationalité française.

Madame est de nationalité française.

Résients au sens de la réglementation fiscale.

A leurs enfants et seuls présomptifs héritiers, parmi lesquels se trouve le MANDANT et :

Monsieur Pierre, directeur de gestion privée, demeurant à xxxxx

Né à xxx le xxxx.

Célibataire.

Ayant conclu avec Mademoiselle Jade un pacte civil de solidarité, enregistré à la Mairie de xxxx le xxxx.

Contrat non modifié depuis lors.

De nationalité française.

Résient au sens de la réglementation fiscale.

Des biens communs ci-après désignés, le CONSTITUANT se voyant attribuer la MOITIÉ (1/2) INDIVISE en NUE-PROPRIÉTÉ desdits biens :**IDENTIFICATION DES BIENS****Article UN (01)****Designation**

A xxx 1 Rue de xxxx,

La **NUE-PROPRIÉTÉ** d'une maison à usage d'habitation, comprenant les dépendances et les fonds et terrains en dépendant,

Figurant ainsi au cadastre :

Section	N°	Lieu dit	Surface
BB	15	1 RUE DE xxxx	00 ha 11 a 95 ca

Tel que le bien existe, avec tous droits y attachés, sans aucune exception ni réserve.

Effet relatif

Procès-verbal d'adjudication suivant acte reçu par Maître xxxx, lors Notaire à xxx le xxx, publié au deuxième bureau des hypothèques de xxxx, le xxxx, volume 1994P, numéro 1827.

Etant ici précisé que c'est à tort et par erreur qu'aux termes de l'acte de quittance du prix d'adjudication, reçu par Maître xxxx, lors Notaire à xxxx (Nord), le 12 janvier 19xx, dont une expédition a été publiée au deuxième bureau des hypothèques de xxx, le 15 février 19xx, volume 1994P, numéro 1828, il a été précisé que l'acquisition a été réalisée grâce à la vente d'actions appartenant en propre à Monsieur xxxx, les donateurs déclarant que la souscription de ces actions a en réalité été financée par des deniers communs, postérieurement à leur union.

L'acquisition par voie d'adjudication est alors réputée avoir été réalisée par Monsieur xxxx au nom de la communauté de biens existant entre lui et Madame xxxx.

Evaluation

La valeur du bien en totalité en toute propriété est de TROIS CENT QUARANTE MILLE EUROS, ci 340 000.00 EUR.

Article DEUX (02)

Designation

Dans un ensemble immobilier situé à xxxx,
Dont l'assiette foncière figure ainsi au cadastre :

Section	N°	Lieudit	Surface
EO	39	1 AVENUE xxxxx	00 ha 74 a 28 ca

Les lots de copropriété suivants:

Lot numéro cinquante-et-un (51)

Une garage numéro cinquante-et-un (51), situé au sous-sol commun,
Et les douze/dix millièmes (12/1000èmes) des parties communes générales.

Lot numéro cent cinquante-huit (158)

Un appartement numéro trois cent neuf (309), situé au troisième étage, entrée B, à l'aspect Ouest, de type T2,

Comprenant: hall d'entrée, coin repos, séjour avec kitchenette, une chambre, salle de bains, water-closet, rangement et loggia,

Et les soixante-dix-huit/dix millièmes (78/1000èmes) des parties communes générales.

Tel que les biens existent, avec tous droits y attachés, sans aucune exception ni réserve.

Effet relatif

Àquisition suivant acte reçu par Maître xxxx, lors Notaire à xxxx, le xxxx, publié au deuxième bureau des hypothèques de Toulon, le xxxx volume 1990P, numéro 10132.

Etat descriptif de division – règlement de copropriete

L'ensemble immobilier sus désigné a fait l'objet d'un état descriptif de division et règlement de copropriété établi aux termes d'un acte reçu par Maître xxxx, lors Notaire à xxxx, le xxxx publié au deuxième bureau des hypothèques de xxxx, le xxx volume 1990P numéro 648.

Evaluation

La valeur des biens en totalité en toute propriété est de CENT SOIXANTE MILLE EUROS, ci 160 000.00 EUR.

CONDITIONS DE LA DONATION-PARTAGE

Reserve d'usufruit

Les donataires seront propriétaires des biens donnés à compter du jour de la régularisation de l'acte

authentique de donation-partage, mais il n'en auront la jouissance qu'à compter du décès du survivant des donateurs.

Constitution d'un usufruit successif

Les donateurs se réserveront expressément l'usufruit du ou des biens communs donnés leur vie durant. En outre, chaque donateur constituera, sans contrepartie, au profit de l'autre, qui accepte, un usufruit successif sur la totalité des biens communs donnés.

Cet usufruit s'exercera, sans réduction, dès le décès du prémourant d'entre eux et s'éteindra automatiquement au décès du survivant.

En conséquence, le **CONSTITUANT**, bénéficiaire de la seule nue-propriété, n'aura la jouissance du ou des biens communs donnés qu'au décès du survivant des donateurs.

Conformément aux dispositions de l'article 758-6 du Code civil, cet usufruit successif s'imputera sur les droits légaux du conjoint survivant.

Fiscalité et formalités de l'usufruit successif

Cet usufruit successif est présentement constitué à titre gratuit.

Au décès du premier conjoint, des droits de mutations pourraient être dus par le survivant d'après la valeur fiscale du second usufruit. En sa qualité de conjoint, il bénéficie néanmoins de l'exonération de droits de mutation figurant à l'article 796 0 bis du Code général des impôts, sous réserve que cette exonération soit toujours en vigueur au moment du décès.

Cas de révocation de la constitution d'un usufruit successif

La constitution d'usufruit successif sera révoquée de plein droit par le divorce entre le donateur et son conjoint bénéficiaire, sauf volonté contraire du donateur exprimée au moment du divorce. Elle sera également rendue caduque en cas de décès du donateur postérieur à une requête ou demande en divorce ou séparation de corps formée judiciairement par l'un ou l'autre des époux. Il en sera de même si le décès est postérieur à la signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel.

Elle est également révocable par le donateur à tout moment pendant le mariage.

Reserve du droit de retour conventionnel

Le donateur se réservera l'exercice, à titre facultatif, du droit de retour sur les biens présentement donnés, conformément à l'article 951 du Code civil pour les cas où, de son vivant :

- le **CONSTITUANT** et tous ses descendants, quelle que soit l'origine de la filiation, viendraient à décéder avant lui,
- les descendants du **CONSTITUANT** viendraient à être exclus de sa succession pour cause de renonciation ou d'indignité.

Le donateur devra faire connaître sa volonté d'exercer ce droit par courrier recommandé, sur support papier ou électronique, adressé soit à chacun des héritiers légaux majeurs non protégés du donataires ou de son descendant prédécédé, connus de lui, soit aux représentants légaux des héritiers, soit encore au notaire chargé de la succession, et ce au plus tard dans les trois mois où il justifiera avoir eu connaissance de ce décès.

En cas de silence ou de décès du donateur durant ce délai, celui-ci sera réputé ne pas avoir exercé son droit de retour. Dans cette hypothèse comme dans l'hypothèse d'une renonciation expresse au bénéfice du droit de retour, le bien restera dévolu aux ayants droit du donataire.

En cas d'exercice du droit de retour, le donateur pourra, comme bon lui semble, demander soit une exécution en nature soit une simple exécution en valeur, par dérogation à l'article 952 du Code civil. Si les biens ont été aliénés, la restitution se fera sur sa valeur au jour de son aliénation, par dérogation à l'article 1352 du même Code.

Les constructions ou ouvrages nouveaux incorporés aux biens, aux frais du donataire, donneront lieu, s'ils existent, à une indemnité au profit de sa succession selon l'article 555 du Code civil troisième alinéa.

Droit de retour legal des pere et/ou mere

Nonobstant le droit de retour conventionnel évoqué ci-dessus, le donateur bénéficiera, en tant que père et mère du donataire, d'un droit de retour légal des biens donnés à concurrence de sa quote-part dans la succession du donataire s'il venait à lui pré-décéder sans postérité, et ce aux termes et dans les conditions de l'article 738-2 du Code civil. Le donateur n'a pas la faculté de renoncer à ce droit légal de nature successorale avant l'ouverture de la succession en question.

Action revocatoire

À défaut par le **CONSTITUANT**, d'exécuter les conditions de la présente donation, le donateur pourra, comme de droit, en faire prononcer la révocation.

Le Notaire soussigné rappelle aux parties les dispositions des articles 953 et 955 du Code civil :

Article 953: "La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survivance d'enfants".

Article 955: "La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants:

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments".

Condition de ne pas attaquer la donation-partage

Le donateur impose au **CONSTITUANT** la condition de ne pas attaquer le présent partage anticipé.

Si ce partage venait à être attaqué, au mépris de cette condition, pour quelque cause que ce soit, par l'un ou l'autre des donataires, le donateur déclare priver le ou les responsables de cette action de toute part dans la quotité disponible de sa succession sur les biens compris aux présentes et faire donation, hors part successorale, de cette portion dans la quotité disponible à celui des donataires contre lesquels l'action est intentée.

Le donateur déclare qu'il ne s'agit pas pour lui de porter atteinte au droit d'agir en justice mais qu'il estime que cette donation-partage reflète de sa volonté et de la valeur du bien à ce jour, le tout accepté par les donataires, serait dénaturée en cas de contestation ultérieure.

Le tout sauf une éventuelle atteinte aux droits réservataires du fait de la donation-partage.

Clause d'exclusion de la communauté

À titre de condition essentielle et déterminante des présentes, le donateur stipulera que les biens présentement donnés devront rester exclus de toute communauté présente ou à venir du **CONSTITUANT** que ce soit par mariage ou remariage subséquent ou changement de régime matrimonial.

Il en sera également de même pour les biens qui viendraient à lui être, le cas échéant, subrogés.

Le **CONSTITUANT** déclare avoir été parfaitement informé par le rédacteur des présentes de l'utilité et des formes du emploi visé à l'article 1434 du Code civil.

Rapport de donation en cas de renonciation à succession

À titre de condition essentielle du présent acte, le donateur exigera, dans le cas où le **CONSTITUANT** renoncerait à sa succession, que la présente donation soit rapportée à la succession conformément aux dispositions de l'article 845 du Code civil, et le rapport sera évalué conformément aux dispositions des articles 843 et suivants du Code civil.

Le **CONSTITUANT** est informé qu'en ce cas, le rapport se fait en valeur et que, si la valeur rapportée excède les droits qu'il aurait dû avoir dans le partage s'il y avait participé, il devra indemniser les héritiers acceptants à concurrence de cet excédent.

CONDITIONS GENERALES DU MANDAT

Le **MANDANT** donne au mandataire pouvoir de :

- Accepter l'attribution aux conditions relatives aux présentes.
- L'obliger, solidairement ou non avec tous codonataires, à l'exécution des éventuelles charges et conditions de la donation-partage dont il s'agit, requérir l'inscription du privilège de copartageant ou en dispenser le Notaire.
- Recevoir toutes sommes qui pourraient revenir au mandant à quelque titre que ce soit, en donner alors quittance, payer celles qu'il pourrait devoir.
- Se faire remettre tous titres et pièces, en donner ou retirer décharges.
- Attester avoir connaissance des dispositions relatives à l'aide sociale et de leurs conséquences lorsque la donation intervient après l'obtention de celle-ci ou dans les dix ans précédant cette obtention.

Autorisation de destruction des documents et pièces

Le **MANDANT** autorise l'Office notarial à détruire toutes pièces et tous documents établis en vue de la conclusion de l'acte pour lequel cette procuration est mise en œuvre, considérant que l'acte contiendra l'intégralité des conventions et justificatifs y annexés auxquels il entend donner le caractère d'authenticité.

Pluri représentation

Le **MANDANT** autorise dès à présent le mandataire à déroger au principe édicté par l'alinéa premier de l'article 1161 du Code civil qui dispose qu'un représentant d'une personne physique ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. Dans cette hypothèse, le mandataire ne devra pas faire prédominer les intérêts de l'une des parties au préjudice de l'autre.

Decharge de mandat

À la suite de ces opérations, le mandataire sera bien et valablement déchargé de tout ce qu'il aura effectué en vertu du présent mandat et des déclarations du constituant par le seul fait de l'accomplissement de l'opération, sans qu'il soit besoin à cet égard d'un écrit spécial.

Aux effets ci-dessus, passer et signer tous actes et pièces, élire domicile, substituer et, généralement, faire le nécessaire.

Signature du mandant:

Fait à l'Office notarial Jing'an à Shanghai

Le 18 septembre 2020

ANNEX 2: NOTARIAL CERTIFICATE**Notarial Certificate**

(2020) H.J.Z.W.Z. No. 2354

Applicant: Alain, male, born on xx. x, 19xx, Nationality: France, French passport No.: xxx.

Item of Notarization: Authorization

This is to certify that Alain came to my office, affixed his signature on the foregoing "PROCURATION" in French before this notary public on Sep. 18, 2020, and expressed that he was aware of the legal significance and consequence of the authorization.

Alain's authorization conduct is in conformity with the provisions of Article 143 of the "Civil Code of the People's Republic of China".

Notary Public: Zheng ZHANG (Sealed)

Shanghai Jing'an Notary Public Office

The People's Republic of China (Sealed)

Dated: Sep. 22, 2020

CONGRESOS

Some comments related to the international child abduction as regulated by the Council Regulation (EU) no. 1111/2019 and the Romanian Case Law

Algunos comentarios relacionados con la sustracción internacional de menores según lo regulado por el Reglamento (UE) n.º 1111/2019 del Consejo y la jurisprudencia rumana

NADIA-CERASELA ANIȚEI

*Professor PhD, Faculty of Law and Administrative Sciences
“Dunărea de Jos” University, Galați*

CRISTIAN MAREȘ

*Lecturer PhD, Faculty of Law and Administrative Sciences
“Valahia” University of Târgoviște, Attorney-at-law,
Partner Mareș & Mareș Law Firm, Bucharest Bar Association*

Recibido:17.06.2022 / Aceptado: 15.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7247

Abstract: Considering that the international child abduction has increased nowadays, as it results from the Romanian case law, we have decided to study this part of the new 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 (hereinafter referred to as the “Regulation No. 1111/2019”).

For this purpose, we shall also outline the differences between the Regulation No. 1111/2019 and the 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 (hereinafter referred to as the “Regulation No. 2201/2003”), which shall be repealed by the Regulation No. 1111/2019 from the 1st of August 2022.

The international child abduction is included in the title of a regulation for the first time. As well, a special chapter related to the international child abduction was inserted – Chapter III, articles 22-29. This amendment included by the Regulation No. 1111/2019 is not only useful, but also natural, given that the issue of the international child abduction is a complete separate issue from the parental responsibility and the exercise of this responsibility.

The new Regulation No. 1111/2019 provides clarifications in relation to the period when the seized court must give its decision, in article 24, entitled Expedient court proceedings.

In accordance with the legal provisions of both the Regulation No. 1111/2019 and the 1980 Hague Convention, for ordering the return of a child the following conditions must be met: (i) there has been a breach of the rights of custody, (ii) the person, institution or other body having the care of the person of the child was actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, (iii) the child

was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention in the state where the return is requested, (iv) the person, institution or other body having the care of the person of the child had not consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention, (v) no exception provided by articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention applies.

Keywords: International child abduction, Regulation No. 1111/2019, Regulation No. 2201/2003, parental responsibility, wrongful removal or retention of a child, return of the child.

Resumen: Teniendo en cuenta que la sustracción internacional de menores ha aumentado hoy en día, como resulta de la jurisprudencia rumana, hemos decidido estudiar esta parte del nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en lo sucesivo, el “Reglamento n.º 1111/2019”).

A tal fin, también esbozaremos las diferencias entre el Reglamento n.º 1111/2019 y el Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia judicial, 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 (en lo sucesivo, el “Reglamento n.º 2201/2003”), que quedará derogado por el Reglamento n.º 1111/2019 a partir del 1 de agosto de 2022.

La sustracción internacional de menores se incluye por primera vez en el título de un reglamento. Asimismo, se insertó un capítulo especial relacionado con la sustracción internacional de menores: el capítulo III, artículos 22 a 29. Esta modificación incluida por el Reglamento n.º 1111/2019 no solo es útil, sino también natural, dado que la cuestión de la sustracción internacional de menores es una cuestión completamente separada de la responsabilidad parental y el ejercicio de esta responsabilidad.

El nuevo Reglamento n.º 1111/2019 proporciona aclaraciones en relación con el período en que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto debe pronunciarse, en el artículo 24, titulado Procedimientos judiciales expeditivos.

De conformidad con las disposiciones legales tanto del Reglamento n.º 1111/2019 como del Convenio de La Haya de 1980, para ordenar la restitución de un menor deben cumplirse las siguientes condiciones: (i) se han producido violaciones de los derechos de custodia, (ii) la persona, institución u otro órgano que tenga el cuidado de la persona del menor estaba ejerciendo efectivamente los derechos de custodia en el momento del traslado o la retención, (iii) el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos en el Estado en que se solicita la restitución, (iv) la persona, institución u otro órgano que tuviera a su cargo la persona del niño no hubiera consentido o consentido posteriormente el traslado o la retención, (v) no se aplicará ninguna excepción prevista en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, Reglamento N.º 1111/2019, Reglamento N.º 2201/2003, responsabilidad parental, traslado o retención ilícitos de un niño, restitución del niño.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas causas de ineficiencia del Reglamento N.º 2201/2003. III. Diferencias entre el Reglamento n.º 1111/2019 y el Reglamento N.º 2201/2003 en relación con la sustracción internacional de menores. IV. Condiciones que deben cumplirse para ordenar la devolución de un niño. 1. Se ha producido una violación de los derechos de custodia. 2. La persona, institución u otro órgano que tenga a su cargo la persona del niño estaba ejerciendo efectivamente los derechos de custodia en el momento del traslado o la retención. 3. El niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos en el estado en que se solicita la devolución. 4. La persona, institución u otro órgano que tenga a su cargo la persona del menor no había consentido o consentido posteriormente en la expulsión o retención. 5. No se aplica ninguna excepción prevista en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980. V. Conclusiones.

I. Introduction

1. The first important act which regulated for the first time the international child abduction is the 1980 Hague Convention. According to its provisions, the 1980 Hague Convention aims to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State and to ensure that

rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States. Twenty-three years later, in 2003, the Regulation No. 2201/2003 was adopted, which also includes provisions regarding the international child abduction¹.

2. The third most recent regulation, which also includes provisions regarding the international child abduction, is the Regulation No. 1111/2019. In fact, this last Regulation No. 1111/2019 is an improved version of the Regulation No. 2201/2003. The Regulation No. 1111/2019 shall apply only to legal proceedings instituted, to authentic instruments formally drawn up or registered and to agreements registered on or after 1 August 2022².

3. Regulation No. 2201/2003 shall continue to apply to decisions given in legal proceedings instituted, to authentic instruments formally drawn up or registered and to agreements which have become enforceable in the Member State where they were concluded before 1 August 2022 and which fall within the scope of that Regulation³. References to the repealed Regulation no. 2201/2003 shall be construed as references to the Regulation no. 1111/2019 and shall be read in accordance with the correlation table in Annex X⁴.

4. As far as the relation of the Regulation No. 1111/2019 with the 1980 Hague Convention, article 96 provides that “if a child has been wrongfully removed to, or is being wrongfully retained in, a Member State other than the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention, the provisions of the 1980 Hague Convention shall continue to apply as complemented by the provisions of Chapters III and VI of this Regulation”.

II. Some causes of inefficiency of the Regulation No. 2201/2003

5. Referring to the international child abduction, during the period of application of the Regulation No. 2201/2003, the immediate return of a child could not have been insured in all cases.

6. Some causes of the inefficiency of the return procedure that we may consider are the following: (i) the six-week term for rendering a court return decision; (ii) the lack of a term when the central authority should settle a request; (iii) there is no limitation for the ways of challenging a return decision in the legislation of some Member States; (iv) the delays in settling the cases of international child abduction were caused by the fact that, in some Member States, the courts were not specialised in this procedure.

7. Although the Regulation No. 2201/2003 provides that “the court shall, except where exceptional circumstances make this impossible, issue its judgment no later than six weeks after the application is lodged”⁵, there have been debates about this six-week term.

8. Some judges and practitioners questioned themselves whether this term is available for each degree of jurisdiction or in this term are included the ways of challenging the resolution and even the enforcement of the return decision.

9. Besides the fact that there is a lack of a term when the central authority should settle a request, there has been no limitation for the ways of challenging a return decision in the legislation of some Member States.

¹ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 174 and the following.

² Article 100 paragraph (1) of Regulation No. 1111/2019.

³ Article 100 paragraph (2) of Regulation No. 1111/2019.

⁴ Article 104 paragraph (2) of Regulation No. 1111/2019.

⁵ Article 11 paragraph (3) of Regulation No. 2201/2003.

10. We also consider that the delays in settling the cases of international child abduction were caused by the fact that, in some Member States, the courts were not specialised in this procedure⁶.

III. Differences between the Regulation No. 1111/2019 and the Regulation No. 2201/2003 regarding the international child abduction

11. The international child abduction is included in the title of a regulation for the first time. As well, a special chapter related to the international child abduction was inserted – Chapter III, articles 22-29. This amendment included by the Regulation No. 1111/2019 is not only useful, but also natural, given that the issue of the international child abduction is a complete separate issue from the parental responsibility and the exercise of this responsibility.

12. Another difference between these regulations consists in the detailed explanations regarding the relation between the Regulation No. 1111/2019 and the 1980 Hague Convention, as well as its relation with Convention of 19 October 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children (hereinafter referred to as “the 1996 Hague Convention”).

13. Within the procedure of rendering a decision for ordering the return of a child, the competent court does not give its decision on entrusting the child for his raise and education to one of the parents or on the parental authority to be exercised jointly by both parents or, by way of exception, only by one of them, but it decides on the necessity of ordering the return of a child under 16 years that has been wrongfully removed or retained in a Member State other than the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention.⁷

14. The new Regulation No. 1111/2019 provides clarifications in relation to the period when the seised court must give its decision, in article 24, entitled Expedient court proceedings. Thus, a court of first instance shall, except where exceptional circumstances make this impossible, give its decision no later than six weeks after it is seised. And referring to a second instance court, except where exceptional circumstances make this impossible, a court of higher instance shall give its decision no later than six weeks after all the required procedural steps have been taken and the court is in a position to examine the appeal, whether by hearing or otherwise.

15. The “wrongful removal or retention”⁸ means the removal or retention of a child where: (i) such removal or retention is in breach of rights of custody acquired by decision, by operation of law or

⁶ M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 294-297.

⁷ For a detailed analysis of the provisions regarding the jurisdiction, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 97 and the following.

⁸ According to article 3 of the 1980 Hague Convention “The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where: a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention. The rights of custody mentioned in sub-paragraph a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State”.

The Regulation No. 2201/2003 defines the term “wrongful removal or retention” as a child’s removal or retention where: (a) it is in breach of rights of custody acquired by judgment or by operation of law or by an agreement having legal effect under the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and (b) provided that, at the time of removal or retention, the rights of custody were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention. Custody shall be considered to be exercised jointly when, pursuant to a judgment or by operation of law, one holder of parental responsibility cannot decide on the child’s place of residence without the consent of another holder of parental responsibility.

by an agreement having legal effect under the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and (ii) at the time of removal or retention, the rights of custody were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention⁹.

16. While article 4 of the 1980 Hague Convention defines the child as the individual who is less than 16 years¹⁰, the Regulation No. 1111/2019 defines the child as any individual below the age of 18 years.

17. In relation to ordering the return of the child, although the Regulation No. 1111/2019 defines the child as “any person below the age of 18 years”¹¹, in accordance with point 17 of its Preamble, the 1980 Hague Convention, and consequently also Chapter III of this Regulation, which complements the application of the 1980 Hague Convention in relations between Member States, should continue to apply to children up to the age of 16 years. Therefore, for these purposes, strictly referring to the international child abduction, the child means any person below the age of 16 years, not 18 years.

18. As provides article 22 of the Regulation No. 1111/2019, “where a person, institution or other body alleging a breach of rights of custody applies, either directly or with the assistance of a Central Authority, to the court in a Member State for a decision on the basis of the 1980 Hague Convention ordering the return of a child under 16 years that has been wrongfully removed or retained in a Member State other than the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention, Articles 23 to 29, and Chapter VI, of this Regulation shall apply and complement the 1980 Hague Convention”.

Therefore, the new provisions complete those of the 1980 Hague Convention in relation with the Member States, especially the procedures to be followed by the central authority and the court in the six-week term, regulating the procedures for the return of a child and the enforcement of the return decisions.

19. As well, a detailed procedure following a refusal to return the child under point (b) of Article 13 paragraph (1) and Article 13 paragraph (2) of the 1980 Hague Convention is provided¹².

20. The part which describes the procedures related to the recognition of a decision given in a Member State in other Member State is supplemented with provisions regarding the documents to be produced for recognition.

21. We may conclude that the main strong point of the Regulation 1111/2019 was to extend and to ensure the mutual trust between the authorities of the Member States in order to accelerate and to describe the procedures in relation with the international child abduction.

IV. Conditions to be met for ordering the return of a child¹³

22. In accordance with the legal provisions of both the Regulation No. 1111/2019 and the 1980 Hague Convention, for ordering the return of a child the following conditions must be met: (i) there has been a breach of the rights of custody; (ii) the person, institution or other body having the care of the person of the child was actually exercising the custody rights at the time of removal or retention; (iii) the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention in the state where the return is requested; (iv) the person, institution or other body having the care of the person of the

⁹ Article 2 paragraph 2 point (11) of Regulation No. 1111/2019.

¹⁰ The Convention shall cease to apply when the child turns the age of 16 years.

¹¹ Article 2 paragraph 2 point (6) of Regulation No. 1111/2019.

¹² Article 29 of Regulation No. 1111/2019.

¹³ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Child Abduction in the European Union: Applications for the Return of a Child before the Spanish Courts”, *Journal of Family Law and Practice*, vol. 3, núm. 2, 2012, pp. 32-36.

child had not consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; and (v) no exception provided by articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention applies.

1. There has been a breach of the rights of custody

23. The rights of custody “includes rights and duties relating to the care of the person of a child and in particular the right to determine the place of residence of a child¹⁴”.

24. In relation to the rights of custody, we consider relevant a short presentation of the child’s dwelling and the parental authority from the perspective of the Romanian law¹⁵.

25. According to the provisions of article 400 of the Civil Code, the establishment of the child’s dwelling must be made at one of the parents, according to his best interests, the law does not foresee whether it is necessary to establish the exact address at which the child will live with the parent. Therefore, it has been considered¹⁶ that, in the silence of law, it is not mandatory to mention the address of the parent with whom the child shall live, given the possibility of changing it even repeatedly¹⁷. Nevertheless, changing the child’s dwelling must be made with the consent of the other parent, should it affect the parental authority exercise or other parental rights, in case of misunderstandings the custody court having the competence to decide. In this case, however, it has been considered that the court must specify where the new home of the child shall be established, at least in terms of the elements affecting the parental rights exercise, such as the country or locality.

26. At the same time, it has been shown that the child’s dwelling can be also be established abroad, together with one of the parents, if this shall meet the best interests of the child. Whenever possible, it can be decided for a psychosocial inquiry report to be done, in order to know the conditions offered by the parent to whom the child will live.

27. The change of the circumstances envisaged in the judgment may entail the change of the measure establishing the child’s dwelling, which can be settled at the other parent or at other individuals or care institutions if the case may be.

28. Changing the decision on the child’s dwelling can only take place if his interest so requires, that is, only when the parent where the home was established can no longer provide him the necessary conditions for a proper development¹⁸.

29. As far as the change of the child’s dwelling is concerned, we have to distinguish between the children entrusted to one of the parents according to the Family Code¹⁹ and the children for whom

¹⁴ Article 2 paragraph 2 point (9) of Regulation No. 1111/2019.

¹⁵ See D. LUPAȘCU/ C. MAREȘ, “Theoretical and practical issues regarding the child’s care”, in the volume of *the International Conference Challenges of the knowledge society*, May 11-12, 2018, pp. 256-261.

¹⁶ See the Conference of the Romanian National Institute of Magistracy of February 20, 2012, entitled “Provisions of the New Civil Code in the Field of Family Law - Unification of Practice”, p. 15 (http://www.inm-lex.ro/fisiere/pag_115/det_1506/8453.pdf).

¹⁷ See also C. MAREȘ, “Family Law”, 2nd edition, Publishing House C.H. Beck, Bucharest, 2015, page 219; B.D. MOLOMAN/ L.-C. URECHE, “The new Civil Code. 2nd Book. About family. Articles 258-534. Commentaries, explanations and jurisprudence”, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2016, p. 465.

¹⁸ See Supreme Court of Justice, Civil Section, decision no. 2448/1993, in “Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1993”, Continent XXI & Universul Publishing House, Bucharest, 1994, p. 109112; Court of Appeal of Alba Iulia, Section for children and family, decision no. 64/R/2008 and no. 35/R/2008, <http://www.jurisprudenta.org/>; Court of Appeal of Cluj, Civil Section, of labour and social securities, for children and family, decision nro 237/R of January 25, 2008 and no. 1855/R of October 3, 2008, <http://www.jurisprudenta.org/>.

¹⁹ Law no. 4/1953 entered into force on the 1st of February 1954, published in the Official Gazette of Romania No. 1 of January 4, 1954, as further amended and supplemented.

the parental authority has been ordered to be jointly exercised and to have their place of residence with one of their parents, according to the provisions of the Civil Code (Law no. 287/2009, republished)²⁰.

30. Thus, with respect to the child entrusted to one of the parents according to the Family Code, since the Civil Code provisions regulate the parental authority institution, without the institution of entrusting a child to one of the parents, it can be at any times requested changing the measure of his custody and, therefore, changing his dwelling from the parent to whom he was entrusted, even if the circumstances taken into consideration by the court at his entrustment have not changed.

31. As regards a child for whom the custody court has ruled, under the provisions of the Civil Code, that the parental authority shall be exercised jointly by both parents²¹ or, by way of exception, only by one of them²², being thus established the dwelling at one of the parents, changing said dwelling can only be requested in case the circumstances envisaged by the custody court have changed at the time when the change of the child's dwelling is requested.

32. Therefore, according to the new regulations, disregard the parent with whom the child's dwelling shall be established, the latter shall benefit from the care of both parents who, in the form of joint parental authority exercise, shall collaborate in taking all important decisions with respect to the child, being actively involved in raising and educating him.

33. The Family Code provided the possibility of entrusting the child for his raise and education to one of the parents, which implies that the parent ensures the raising and education of the child, the other parent having the possibility to look after the manner in which these obligations are fulfilled. Therefore, the child lived with the parent to whom he was entrusted for his raise and education, without the court expressly ruling it.

34. As per the provisions of article 496 paragraph (4) of the Civil Code, the "child's dwelling, established in accordance with this article, cannot be change without the approval of the parents, except in cases expressly provided by the law".

35. Moreover, article 497 paragraph (2) of the Civil Code stipulates that changing the child's dwelling, together with the parent with whom he lives, cannot occur without the prior consent of the other parent, in case it affects the exercise of the parental authority or other parental rights.

36. In case of misunderstandings between the parents, the custody court shall decide, according to the best interests of the child, taking into account the conclusions of the psychosocial inquiry report and listening to the parents and to the child²³.

2. The person, institution or other body having the care of the person of the child was actually exercising the custody rights at the time of removal or retention

37. The return of a child who was wrongfully removed or retained may be decided by a court, following a quick special procedure. In order to decide the return of a child, the court must verify whether the legal conditions provided by the 1980 Hague Convention and/or those provided by the Regulation No. 2201/2003 and from August 22, 2022, those provided by the Regulation No. 1111/2019 are met.

²⁰ Published in the Official Gazette of Romania No. 505 of July 15, 2011 as further amended.

²¹ Article 397 and article 503 paragraph (1) of Civil Code.

²² Article 398 and article 507 of Civil Code.

²³ Article 497 paragraph (2) Civil Code.

38. The Regulation No. 1111/2019 defines “parental responsibility” as all rights and duties relating to the person or the property of a child which are given to an individual or legal entity by a decision, by operation of law or by an agreement having legal effect, including rights of custody and rights of access²⁴. “Holder of parental responsibility” means any person, institution or other body having parental responsibility for a child²⁵.

39. For this condition, besides the fact that the parent claimant must be holder of parental responsibility, he/she should have effectively exercised the parental responsibility before the wrongful removal or retention of the child²⁶.

40. According to the Romanian case law,²⁷ the court must outline within its reasoned resolution the way in which the parent claimant who is holder of parental responsibility has effectively exercised the parental responsibility. This prove is not so difficult, the parent claimant must provide evidence regarding his/her effective implication in raising, educating and taking care the child before the child’s wrongful removal or retention.

41. In order to combat this condition, in some cases, the parent respondent tries, either before submitting a request for return or later, to obtain a decision of custody rights, even temporary, with the intention to block, in any manner, the return of the child. Notwithstanding, even such decision is obtained, it cannot be taken into account by the court in this procedure, because, on the one hand, the court is not called upon to settle the merits of the relations between the parents and, on the other hand, such decision must be rendered by a court competent in relation to the habitual residence of the child.

3. The child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention in the state where the return is requested

42. Neither the 1980 Hague Convention nor the Regulations No. 2201/2003 and No. 1111/2019 define the child’s habitual residence. Although, the child’s habitual residence is a key element in the international child abduction, it is not defined by any of the international or European regulation. Such definitions are provided by the case law.

43. A first definition of the child’s habitual residence is provided by Court of Justice of the European Union in the case C-523/07²⁸. According to this judgement, the concept of “habitual residence” under Article 8 paragraph (1) of Regulation No. 2201/2003 must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, in particular the duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family’s move to that State, the child’s nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.

44. Three years later, the same Court of Justice of the European Union, in the case C-497/10, ruled another definition of the child’s habitual residence²⁹. According to this judgement, the concept of “habitual residence”, for the purposes of Articles 8 and 10 of Regulation No. 2201/2003 must be inter-

²⁴ Article 2 paragraph 2 point (7) of Regulation No. 1111/2019.

²⁵ Article 2 paragraph 2 point (8) of Regulation No. 1111/2019.

²⁶ Court of Appeal of Bucharest, IIIrd Civil Section, Civil Decision No. 218/2019, published on <http://idrept.ro>.

²⁷ Court of Appeal of Bucharest, IIIrd Civil Section, Civil Decision No. 349/2018, published on <http://idrept.ro>, Civil Decision No. 407/2018, published on <http://idrept.ro>.

²⁸ <https://curia.europa.eu/juris>.

²⁹ <https://curia.europa.eu/juris>.

preted as meaning that such residence corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, where the situation concerned is that of an infant who has been staying with her mother only a few days in a Member State – other than that of her habitual residence – to which she has been removed, the factors which must be taken into consideration include, first, the duration, regularity, conditions and reasons for the stay in the territory of that Member State and for the mother's move to that State and, second, with particular reference to the child's age, the mother's geographic and family origins and the family and social connections which the mother and child have with that Member State. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances of fact specific to each individual case. If the application of the abovementioned tests were, in the case in the main proceedings, to lead to the conclusion that the child's habitual residence cannot be established, which court has jurisdiction would have to be determined on the basis of the criterion of the child's presence, under Article 13 of the Regulation.

45. The same Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, ruled another definition of the child's habitual residence³⁰. According to this judgement, the concept of "habitual residence", for the purposes of Article 8 paragraph (1) of Regulation No 2201/2003 must be interpreted as meaning that a child's place of habitual residence for the purpose of that regulation is the place which, in practice, is the centre of that child's life. It is for the national court to determine, on the basis of a consistent body of evidence, where that centre was located at the time the application concerning parental responsibility over the child was submitted. In that regard, in a case such as that in the main proceedings, having regard to the facts established by that court, the following, taken together, are decisive factors: (a) the fact that, from its birth until its parents' separation, the child generally lived with those parents in a specific place; (b) the fact that the parent who, in practice, has had custody of the child since the couple's separation continues to stay in that place with the child on a daily basis and is employed there under an employment contract of indefinite duration; and (c) the fact that the child has regular contact there with his/her other parent, who is still resident in that place.

46. By contrast, in a case such as that in the main proceedings, the following cannot be regarded as decisive: (a) the stays which the parent who, in practice, has custody of the child has spent in the past with that child in the territory of that parent's Member State of origin in the context of leave periods or holidays; (b) the origins of the parent in question, the cultural ties which the child has with that Member State as a result, and the parent's relationships with family residing in that Member State; and (c) any intention the parent has of settling in that Member State with the child in the future.

47. It is apparent from that case law that the child's place of habitual residence for the purpose of Regulation No. 2201/2003 is the place which, in practice, is the centre of that child's life. Pursuant to Article 8 paragraph (1) of that regulation, it is for the court seised to determine where that centre was located at the time the application concerning parental responsibility over the child was submitted³¹.

In that context, it is necessary, in general, to take into consideration factors such as the duration, regularity, conditions and reasons for the child's stay in the territory of the different Member States concerned, the place and conditions of the child's attendance at school, and the family and social relationships of the child in those Member States³².

Furthermore, where the child is not of school age, *a fortiori* where the child is an infant, the circumstances of the reference person(s) with whom that child lives, by whom the child is in fact looked after and taken care of on a daily basis — as a general rule, its parents, — are particularly important for determining the place which is the centre of that child's life. The Court has observed that the environment of such a child is essentially a family environment, determined by that person or those persons, and that that child necessarily shares the social and family environment of the circle of people on whom

³⁰ <https://curia.europa.eu/juris>.

³¹ Paragraph 42 of Judgment of the Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, <https://curia.europa.eu/juris>.

³² Paragraph 43 of Judgment of the Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, <https://curia.europa.eu/juris>.

he or she is dependent (see, to that effect, judgment of 22 December 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, paragraphs 53 to 55)³³.

Accordingly, in a situation where such an infant lives with its parents on a daily basis, it is necessary, in particular, to determine the place where the parents are permanently present and are integrated into a social and family environment. In that regard, it is necessary to take into consideration factors such as the duration, regularity, conditions and reasons for their stay in the territory of the different Member States concerned, and the family and social relationships maintained by them and by the child in those Member States (see, to that effect, judgment of 22 December 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, paragraphs 55 and 56)³⁴.

Lastly, the intention of the parents to settle with the child in a given Member State, where that intention is manifested by tangible steps, may also be taken into account in order to determine the child's place of habitual residence³⁵.

48. In this respect we have to mention that in accordance with the Romanian legislation³⁶ and the national case law, as already presented above, the courts usually do not expressly provide the specific address where the child lives with his resident parent³⁷. Therefore, from the perspective of the child's habitual residence and the child's wrongful removal or retention, the express provision of city where the child will live with the resident parent would be very useful³⁸. In this context, the change of the child's habitual residence would be established easier and whether this change is legal or not³⁹.

49. Moreover, after the child's removal, establishing the parent's domicile in another state is completely irrelevant in determining the child's place of habitual residence whose return is requested.

50. This condition which consists in the child's place of habitual residence in one Member State, before his/her wrongful removal or retention, is still one of the criteria who raise debates within this procedure.

4. The person, institution or other body having the care of the person of the child had not consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention

51. This condition is essential for the procedure. We have to distinguish between the removal and the retention.

The removal means that the child was taken from one state to another, without the non-resident parent's consent, while the retention or the refuse to return the child consists in the fact that, at the beginning, a consent of the non-resident parent has been expressed, so that the resident parent may leave with

³³ Paragraph 44 of Judgment of the Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, <https://curia.europa.eu/juris>.

³⁴ Paragraph 45 of Judgment of the Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, <https://curia.europa.eu/juris>.

³⁵ Paragraph 46 of Judgment of the Court of Justice of the European Union, in the case C-512/17, <https://curia.europa.eu/juris>.

³⁶ Article 400 of the Romanian Civil Code – "(1) In the absence of an agreement between the parents or if this is contrary to the best interests of the child, the guardianship court establishes, together with the divorce, the dwelling of the child with the parent with whom he/she steadfastly lives.

(2) If until the divorce the child lived with both parents, the court establishes his home at one of them, taking into account his superior interest.

(3) Exceptionally, and only if it is in the best interests of the child, the court may establish his/her home with grandparents or other relatives or persons, with their consent, or at a protection institution. They exercise the supervision of the child and perform all the usual acts regarding his health, education and teaching."

³⁷ *Conference of the Romanian National Institute of Magistracy* of February 20, 2021, entitled "Provisions of the New Civil Code in the Field of Family Law - Unification of Practice", p. 15 (http://www.inm-lex.ro/fisiere/pag_115/det_1506/8453.pdf).

³⁸ C. MAREȘ, "Family Law", 3rd edition, Publishing House C.H. Beck, Bucharest, 2022, pp. 236-237.

³⁹ T. KOKIĆ/ A. IACUBA, "Lawful or unlawful change of the child's habitual residence" at *European Seminar – Cooperation between EU Member States to solve civil cases related to the wrongful removal or retention of a child*, Publishing House Sitech, Craiova, 2018, p. 45.

the child, but he/she did not agree with the stay of the child in the state where is not the child's habitual residence. Practically, the limits of the initial consent of the non-resident parent are violated.

52. For this condition, the courts will examine the parents' intentions expressed either directly, verbally or in writing, or indirectly, through their actions before or after the removal or retention⁴⁰.

5. No exception provided by articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention applies

53. Although the other conditions above mentioned are met in order to consider that a removal or retention could be wrongful, the court settling the claim may reject it if an exception provided by articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention applies.

Article 12 of the 1980 Hague Convention provides that "(1) Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith. (2) The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment."

Based on these provisions, we may say that when the request for return has been submitted after more than one year has passed since the wrongful removal or non-removal, the court settling the request for return shall, as a rule, order the return, unless it is proved that this child has integrated into his/her new environment in the new state⁴¹. Therefore, the submission of a request for return after more than one year has passed and the child's integration in his new environment will lead to the rejection of the request.

When the referral under the 1980 Hague Convention was made before the one-year deadline to be fulfilled, any discussion or request for evidence from the parent respondent regarding the integration of the child into the new environment is irrelevant.

The calculation of the 12-month term stipulated by the 1980 Hague Convention will be made from the date of submission of the request for return, not from the date when the court is seised with a request for return.

54. Perhaps the most often invoked exceptions in the matter of international child abduction are those provided by article 13 of the 1980 Hague Convention: "(1) Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that: (a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or (b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

(2) The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

(3) In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence."

The exception provided by article 13 paragraph (1) letter a) implies, in fact, the non-fulfilment of the substantive conditions for the admission of the request, respectively, the applicant does not effectively exercise the custody rights or has given his consent before or later to the removal or retention.

⁴⁰ Court of Appeal of Bucharest, IIIrd Civil Section, Civil Decision No. 466/2018, published on <http://idrept.ro>.

⁴¹ Court of Appeal of Bucharest, IIIrd Civil Section, Civil Decision No. 86/2017, published on <http://idrept.ro>.

With regard to the acquiescence, the case law⁴² has outlined that it must meet several conditions in order to be valid, such as: to be unequivocal and to be subsequent to the moment when the child is removed or when the child is retained on the territory of the new state.

Article 13 paragraph 1 letter (b) allows the court seized with the request for return to reject it, even if the substantive conditions, mentioned above, are met, if it finds that there is a serious risk that the return of the child will expose him to a physical or mental danger or that in any other way, he will place him in an intolerable situation.

This is the exception most common invoked before the national courts by the parent respondent, because the legal provisions allow him to make reference to various events or happenings from which the existence of a serious danger could result.

55. In relation with this article 13 paragraph 1 letter (b) of the 1980 Hague Convention, we consider relevant the Judgement of the European Court of Human Rights of May 21, 2019, in the case of O.C.I. and Others v. Romania⁴³, where the European Court⁴⁴ decided that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

56. In this respect, the Court has noted that the applicants complained about the manner in which the domestic authorities had interpreted the notion of “grave risk” enshrined in Article 13 paragraph (1) letter (b) of the 1980 Hague Convention as grounds for an exception to the principle of returning children to the place of their habitual residence⁴⁵.

The Court has reiterated that in the context of an application for return, which is distinct from custody proceedings, it is primarily for the national authorities of the requested State, which have, *inter alia*, the benefit of direct contact with the interested parties, to establish the best interests of the child and evaluate the case in the light of the exceptions provided for by the 1980 Hague Convention. Nevertheless, the Court must satisfy itself that the decision-making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic courts was fair and allowed those concerned to present their case fully, and that the best interests of the child were defended. This means, in the circumstances of this case, that the Court must assess whether the allegations of “grave risk” raised by the first applicant before the domestic courts were genuinely taken into account by those courts⁴⁶.

In this context, the Court has noted that the first applicant substantiated the allegations of violence against the children by submitting recordings of past episodes of abuse. The father also admitted in court that he had used physical force to discipline his children. The domestic courts established that the second and third applicants had been subject to use of physical force at the hands of their father. The Court have looked at how the domestic courts assessed that information and how they weighed it in the children’s best interests⁴⁷.

The domestic courts, while condemning in general terms abuse against children and reaffirming their right to respect for their dignity, were nevertheless satisfied that what the second and third applicants had suffered at the hands of their father had only been occasional acts of violence and would not reoccur “often enough to pose a grave risk”. Moreover, the Court of Appeal seems to have considered that the children’s right not to be subject to domestic abuse was “to a larger or lesser extent debatable”. The Court failed to see how those statements fit in with the relevant provisions of domestic law prohibiting in absolute terms domestic corporal punishment. In fact, such assessments of the children’s rights run counter to the very prohibition of domestic abuse against children and cast doubt on the decision-making process⁴⁸.

⁴² Court of Appeal of Bucharest, IIIrd Civil Section, Civil Decision No. 349/2018, published on <http://idrept.ro>

⁴³ Published in the Official Gazette of Romania no. 558 of July 8, 2019.

⁴⁴ See, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La sustracción internacional de menores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Editoriale Scientifica s.r.l., 2019, pp. 431-452.

⁴⁵ Paragraph 39.

⁴⁶ Paragraph 40.

⁴⁷ Paragraph 41.

⁴⁸ Paragraph 42.

The European Court reiterated that the best interests of the children, which unquestionably include respect for their rights and dignity, are the cornerstone of the protection afforded to children from corporal punishment. Corporal punishment against children cannot be tolerated and States should strive to expressly and comprehensively prohibit it in law and practice. In this context, the risk of domestic violence against children cannot pass as a mere inconvenience necessarily linked to the experience of return, but concerns a situation which goes beyond what a child might reasonably bear⁴⁹.

Furthermore, there is nothing in the domestic courts' decisions that leads the Court to believe that they considered that the children were no longer at risk of being violently disciplined by their father if returned to his care. In fact, it can be inferred from the reasoning of the Bucharest Court of Appeal that that court accepted that if such a risk reoccurred, the Italian authorities would be able to react and to protect the children from any abuse of their rights, but only "if the risk was brought to their attention and supported by evidence"⁵⁰.

On this point, the European Court has noted that as member States of the European Union ("the EU"), both States are parties to the Brussels II bis Regulation, which is thus applicable in the case. That Regulation, which builds on the 1980 Hague Convention, is based on the principle of mutual trust between EU member States. However, in the Court's view, the existence of mutual trust between child-protection authorities does not mean that the State to which children have been wrongfully removed is obliged to send them back to an environment where they will incur a grave risk of domestic violence solely because the authorities in the State in which the child had its habitual residence are capable of dealing with cases of domestic child abuse. Nothing in the 1980 Hague Convention or in the Brussels II bis Regulation allows the Court to reach a different conclusion⁵¹.

In this respect, and considering that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the 1980 Hague Convention is applicable, the Court considers that the domestic courts should have given more consideration to the potential risk of ill-treatment for the children if they were returned to Italy. They should have at least ensured that specific arrangements were made in order to safeguard the children⁵².

Considering the above arguments, and notwithstanding the principle of subsidiarity, the Court concluded that the domestic courts had failed to examine the allegations of "grave risk" in a manner consistent with the children's best interests within the scope of the procedural framework of the 1980 Hague Convention⁵³.

V. Conclusions

57. This procedure is not meant to solve the background of the problems between the parents, nor to establish who is the most suitable to deal with the raising and education of the child or who best responds to his security needs. That is why the court invested with a request for return makes a simple summary analysis, verifies whether the conditions stipulated by the 1980 Hague Convention or the Regulation No. 1111/2019 are met and a possible application of an exception provided by article 12 or 13 of the 1980 Hague Convention.

58. For the first time, the international child abduction has been included in the title of the Regulation No. 1111/2019. As well, a special chapter related to the international child abduction was inserted – Chapter III, articles 22-29. This amendment included by the Regulation No. 1111/2019 is not only useful, but also natural, given that the issue of the international child abduction is a complete separate issue from the parental responsibility and the exercise of this responsibility.

⁴⁹ Paragraph 43.

⁵⁰ Paragraph 44.

⁵¹ Paragraph 45.

⁵² Paragraph 46.

⁵³ Paragraph 47.

59. The new Regulation No. 1111/2019 provides clarifications in relation to the period when the seised court must give its decision, in article 24, entitled *Expeditious court proceedings*.

60. Referring to the international child abduction, during the period of application of the Regulation No. 2201/2003, the immediate return of a child could not have been insured in all cases.

61. Some causes of the inefficiency of the return procedure that we may consider are the following: (i) the six-week term for rendering a court return decision; (ii) the lack of a term when the central authority should settle a request; (iii) there is no limitation for the ways of challenging a return decision in the legislation of some Member States; (iv) the delays in settling the cases of international child abduction were caused by the fact that, in some Member States, the courts were not specialised in this procedure.

62. In accordance with the legal provisions of both the Regulation No. 1111/2019 and the 1980 Hague Convention, for ordering the return of a child the following conditions must be met: (i) there has been a breach of the rights of custody, (ii) the person, institution or other body having the care of the person of the child was actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, (iii) the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention in the state where the return is requested, (iv) the person, institution or other body having the care of the person of the child had not consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention, (v) no exception provided by articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention applies.

Panorámica y evaluación de la articulación en el ordenamiento
jurídico español de las novedades introducidas
por el Reglamento (UE) 2019/1111 en los procesos
de restitución de menores

Panoramic and Evaluation on the Articulation
of the Innovations Introduced by the Regulation (EU)
2019/1111 Concerning Child Return Procedures
in the Spanish Legal System

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS

Investigador Predoctoral
Universidades de Sevilla y Bolonia

ORCID: 0000-0002-2888-2696

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7249

Resumen: La presente comunicación pretende contrastar las novedades más relevantes que introduce el Reglamento 2019/1111 en sus relaciones con el Convenio de la Haya 1980, con las normas españolas en la materia (especialmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se plantea, en primer lugar, la interacción normativa analizando los ámbitos material, espacial, personal y temporal. Seguidamente, se analiza la interacción en relación con el concepto de sustracción internacional de menores y sus principales componentes, como el concepto de traslado o retención ilícitos, el derecho de custodia y la residencia habitual. Finalmente, se evalúa la legislación española vigente a través de un contraste con las disposiciones del Capítulo III del Reglamento 2019/1111, dedicado a complementar el proceso de restitución de menores. A partir del análisis, puede concluirse que el nuevo Reglamento mejora el anterior marco normativo europeo, si bien ha de señalarse que el legislador español ya había regulado en nuestro ordenamiento jurídico una gran parte de esas mejoras.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, Reglamento 2019/1111, Convenio de La Haya de 1980, Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abstract: This communication aims to contrast the most relevant innovations that Regulation (EU) n°. 2019/1111 introduces concerning the relationship with the 1980 Hague Convention, and the Spanish rules on the issue. We focus firstly on the normative interaction by analysing material, terri-

* La presente comunicación 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 (Investigadora principal: Beatriz Campuzano Díaz).

torial, personal and temporal scope. Followingly, it is analysed the interaction around the concept of international child abduction and its principal components, like the illegal transfer or removal, the rights of custody and the habitual residence. Finally, we evaluate the Spanish legislation in force by means of a contrast with the rules contained on Chapter III of the Regulation, enshrined to complement the return procedure. From this analysis, we conclude that the new Regulation enhances the previous legal framework, even it must be pointed that the Spanish legislator had already considered most of those new measures in our national legal system.

Keywords: International child abduction, Regulation 2019/1111, 1980 Hague Convention, Spanish Act on Civil Procedure.

Sumario: 1. Introducción. 2. Interacción normativa. 3. Interacción conceptual. 3.1. El derecho de custodia y su relación con la patria potestad. 3.2. La residencia habitual. 4. Interacción procedimental. 4.1. Respecto al papel de las Autoridades Centrales. 4.2. Medidas en relación con el procedimiento judicial acelerado. 4.3. Fomento de la mediación. 4.4. Sobre la posibilidad de que el menor sea oído durante el procedimiento de restitución. 4.5. Medidas cautelares. 4.6. Ejecución provisional de las sentencias. 4.7. Mecanismo de prevalencia. 5. Conclusiones.

1. Introducción

1. La presente comunicación tiene el objetivo de contrastar las principales novedades que aportará la llegada del 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*¹ (en adelante, R. 2019/1111), en sus relaciones con el *Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*² (en adelante, CH 80), con la legislación española vigente.

2. Si bien nuestra exposición se limita a la coordinación entre el CH 80, el R. 2019/1111 y la LEC, no se puede olvidar que no solo estas tres normas forman el régimen jurídico vigente en España. Nuestro país ha suscrito otros importantes Convenios en la materia que, directa o indirectamente, tratan la sustracción internacional de menores.

3. Así, en cuanto a la normativa internacional, contamos también con el *Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*³ (en adelante CH 96). Igualmente, como Estado Parte del Consejo de Europa, también ha ratificado el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980*⁴ (en adelante, CLUX 80). Finalmente, entre los Convenios bilaterales en materia de cooperación judicial internacional en materia civil, destaca también el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita*

¹ DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

² Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; y corrección de errores en el BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

³ Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁴ Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997⁵ (en adelante, CEM 97). Como Estado Miembro de la UE, aplica el nuevo R. 2019/1111, que sustituirá al *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*⁶ (en adelante, R. 2201/2003).

4. El cauce interno para lograr la restitución de menores en España se encuentra regulado hoy en día en el Capítulo IV bis de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*⁷ (en adelante, LEC). Dicho Capítulo se incorpora como resultado de la reforma operada en la LEC por la *Ley 1/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*⁸. Dicha reforma, que toma por base el régimen jurídico anterior de la anterior LEC de 1881, lo actualiza, desarrolla y corrige a partir de las deficiencias observadas en la práctica y por la doctrina sobre las disposiciones de los antiguos arts. 1901-1908; y le da una naturaleza de procedimiento contencioso de carácter especial⁹. Desde el punto de vista interno, también tiene importancia nuestro Código Civil, ya no solo por las cuestiones relativas a la patria potestad, en la medida en que guardan relación con la sustracción internacional de menores, sino porque recoge importantes medidas cautelares en el art. 158 ante el riesgo de un traslado o retención ilícitos. También nuestro Código Penal contempla la sustracción de menores en el art. 225 bis CP.

2. Interacción Normativa

5. Lo primero es estudiar cómo se relacionan los tres conjuntos de normas. Ello lo plantearemos desde una doble perspectiva: en primer lugar, estudiando las cláusulas del CH 80, del R. 2019/1111 y de la LEC llamadas a relacionarse con instrumentos coincidentes material y territorialmente; y en segundo lugar, con el estudio contrastado de los ámbitos de aplicación de las tres normas.

6. El CH 80 ha quedado incorporado a nuestro ordenamiento interno en virtud del mandato que nuestra Constitución Española¹⁰ articula en su art. 96.1 CE (primer inciso): “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*” Por tanto, el Convenio es directamente aplicable en nuestro país (se le dice, de hecho, que es un Convenio *self-executing*). En sus relaciones con otros instrumentos internacionales o internos, el Convenio manifiesta flexibilidad, pues de acuerdo con el art. 34 CH 80 (párrafo segundo): “*(...) el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.*” En España, esto permitiría tanto la aplicación de otros Convenios contra la sustrac-

⁵ BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

⁶ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁷ BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000.

⁸ BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015.

⁹ Sobre las novedades que incorpora esta reforma podemos encontrar, entre otros, los trabajos de S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley, 2015, en especial, pp. 171-240; F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid: Sepin, 2015, pp. 30-36; *Íd.* “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 y Parte II)”, ambos en *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3º (enero-junio 2016); *Íd.* “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista Española de Derecho Internacional* (sección foro), Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 337-347; 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. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 347-358; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “International Child Abduction: New Developments in Spain”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 17 (2015/2016), pp. 427-448.

¹⁰ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

ción de menores, como el CH 96¹¹, el CLUX 80¹² o el CEM 97¹³, así como la aplicación de las normas especiales internas recogidas en el Capítulo IV bis LEC¹⁴.

7. El R. 2019/1111, en modo similar a su antecesor, el R. 2201/2003, es aplicable en España como Estado Miembro de la UE en virtud del carácter imperativo de las normas reglamentarias europeas (art. 288.1 TFUE). Dicha norma también contiene reglas sobre relaciones con otros instrumentos. Dos son las pautas que marca el Reglamento con respecto a los instrumentos concurrentes en materia de sustracción internacional de menores: la primera es la primacía tanto respecto del CLUX 80 (art. 95.d) R. 2019/1111), como del CH 96, al menos en lo que se refiere a las relaciones entre los Estados Miembros (art. 97 CH 96)¹⁵. Por otro lado, el R. 2019/1111 desarrolla en términos más claros que su antecesor la interacción con el CH 80, aportando extremos novedosos a la relación de complementariedad con el Convenio. El texto del art. 96 R. 2019/1111 indica: “*Cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, 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. Cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el capítulo IV.*”¹⁶ La novedad estriba en que el nuevo Reglamento, además de complementar el procedimiento de restitución del CH 80

¹¹ El art. 50 CH 96, en relación con el CH 80, indica: “*El presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.*” En todo caso, a través del CH 96 se buscaría la restitución del menor a partir de un pronunciamiento sobre la custodia, lo cual no sería posible en el CH 80, ya que su art. 16 establece el mandato a las autoridades competentes para decidir el retorno de no pronunciarse sobre cuestiones de fondo.

¹² También el art. 19 CLUX 80 se muestra flexible ante la aplicación de otros instrumentos internacionales: “*El presente Convenio no constituirá impedimento para invocar otro instrumento internacional que vincule al Estado de origen con el Estado requerido, o el derecho del Estado requerido, no derivado de un Convenio internacional, para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución.*”

¹³ El CEM 97 no establece una cláusula sobre relaciones con otros instrumentos aplicables. Pero cabe destacar que el CH 80 está vigente entre España y Marruecos desde el 10 de mayo de 2011. Tres meses después de que España aceptase la adhesión (publicada en BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011). Ello no quiere decir que el CEM 97 haya perdido vigencia. Sin embargo, la doctrina entiende que el CH 80 resulta un instrumento más eficaz a nivel jurídico y práctico. *vid.*, entre otros E. PÍAS GARCÍA, “El papel de la autoridad central española en la sustracción internacional de menores”, en AA.VV., *La sustracción interparental de menores*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 40-41 (contabiliza en 2006 un total de 20 solicitudes invocando este Convenio). J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 225-227, y C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, No. 1, pp. 47-62, en especial, pp. 60-62.

¹⁴ España sigue la práctica legislativa de muchos Estados, denominados “dualistas”, en los cuales la aplicación del CH 80 se complementa con una normativa interna que incorpora los mandatos del Convenio a la legislación interna, al mismo tiempo que desarrolla algunas cuestiones procesales relativas al procedimiento interno de restitución de los menores. *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Segunda parte – Medidas de ejecución”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2781>, pp. 19-22.

¹⁵ Sin perjuicio de las excepciones que permiten la aplicación del CH 96: a) en caso de prórroga de la competencia en favor de los tribunales que conocen de la crisis matrimonial en un Estado no Miembro parte del CH 96; b) en caso de transferencia de la competencia a las autoridades de un Estado no Miembro parte del CH 96; c) y en caso de pendencia de un proceso en dicho Estado. Para un estudio en profundidad de la interacción entre el R. 2019/1111 y el CH 96, *vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., “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, pp. 97-117.

¹⁶ Igualmente, *vid.* arts. 1.3 y 22 R. 2019/1111. Sobre el efecto clarificador del nuevo art. 96 R. 2019/1111 se han pronunciado algunos autores, como 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, pp. 97-117, p. 102; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV., *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Pamplona: Aranzadi, 2020., p. 385; R. ESPINOSA CALABUIG, Y L. CARBALLO PIÑERO, “Child protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. C. LOBACH, Y T. RAPP, (Eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding EUFams II and Beyond*, Dresden: Heidelberg University Publishing, 2021, p. 72;

aportando novedades en el Capítulo III R. 2019/1111, extiende también las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones a aquellas que resuelven el retorno del menor al Estado Miembro de residencia habitual. Ello tiene el propósito de evitar tener que iniciar un nuevo procedimiento de restitución en caso de ulteriores traslados ilícitos posteriores al dictamen de la Sentencia (Considerando 16 R. 2019/1111).

8. En la normativa nacional, la conexión con las normas anteriormente citadas se produce desde el art. 778 quáter. 1 LEC. Esta norma, que abre las disposiciones generales del Capítulo IV bis LEC, establece como condición para poder aplicar sus reglas la suscripción por parte de España y el otro Estado implicado de un convenio o norma europea por el cual se pretenda la restitución de un menor trasladado o retenido en España.¹⁷ De esta manera, a nivel interno, se garantiza una solución homogénea en lo procesal para el tratamiento de sustracciones internacionales que se encaucen bien por el CH 80, por el CLUX 80, por el CEM 97, por el R. 2201/2003, y a futuro, también por el R. 2019/1111. Si la flexibilidad es la característica general de los convenios multilaterales sobre sustracción de menores, y la imperatividad, la propia de los Reglamentos europeos, la normativa española procesal se caracteriza por la uniformidad.

9. ¿Cuándo operan las tres normas en su conjunto? La respuesta a este interrogante deberá pasar por estudiar los ámbitos de aplicación de cada una de esas normas:

10. En el ámbito material, los tres conjuntos de normas coinciden en la regulación de aspectos procesales del procedimiento de restitución de menores. La convergencia no es, por tanto, dificultosa. Sin embargo, conviene distinguir aquí, especialmente para los Estados Miembros de la UE, entre supuestos donde la sustracción se combate por medio de una acción de retorno o por medio de un procedimiento sobre la custodia. En el primer caso, el resultado de la acción será una resolución que se limita a declarar que procede o no devolver al menor al Estado de donde fue desplazado, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, sobre el derecho de custodia¹⁸. En el segundo caso, estamos ante un procedimiento sobre el fondo, concerniente al derecho de custodia, cuya decisión final puede ordenar cuál sea el destino del menor y podrá ser hecha valer mediante el procedimiento de reconocimiento y ejecución¹⁹. Pues bien, solamente en la primera de las vías, es decir, en la acción de retorno, es donde cabe hablar de la interacción entre el Reglamento, el Convenio y la LEC.²⁰ En el segundo caso, se aplica única y exclusivamente el Reglamento.

¹⁷ Art. 778 quáter. 1 LEC: “En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.”

¹⁸ En tanto no se haya decidido sobre la restitución, las Autoridades del Estado requerido no deben pronunciarse sobre el fondo del asunto (art. 16 CH 80).

¹⁹ No nos referimos solamente al procedimiento posterior a la restitución que permite revocar la denegación del retorno con una decisión sobre la custodia (arts. 11.6 a 11.8 R. 2201/2003 y futuro art. 29 R. 2019/1111). La idea de poder solicitar el retorno del menor sin ejercitar la acción de retorno, sino directamente a través de un proceso sobre la custodia, con la correspondiente solicitud de reconocimiento y ejecución de la resolución, también ha sido avalada por el TJUE en aplicación del R. 2201/2003, para los Estados Miembros que lo aplican, *vid.* STJUE de 19 de septiembre de 2018, as. C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, *Hampshire County Council* (ECLI:EU:C:2018:739). Igualmente, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado. Tomo II*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 2174. Esta vía de actuación contra la sustracción de menores se ve favorecida en el nuevo R. 2019/1111 gracias a la supresión del exequátur con carácter general.

²⁰ Téngase en cuenta que el procedimiento recogido en el Capítulo IV bis se condiciona a que sea aplicable un Convenio o norma europea vigente entre los Estados requirente y requerido para la restitución (art. 778 quáter. 1 LEC). Entre España y los Estados Miembros de la UE, los instrumentos comunes son el CH 80 y el R. 2019/1111. Si el R. 2019/1111 es complementario al CH 80, ello significa que, para aplicar la simbiosis jurídica entre Reglamento y Convenio, se debe tomar como base las características del CH 80, y entre ellas, su carácter fáctico (con la restricción de no pronunciarse sobre el fondo del asunto hasta que se decida sobre el retorno). Si el Reglamento se aplica desde la óptica de un procedimiento sobre custodia, no se estará aplicando el CH 80 (porque no es un convenio sobre responsabilidad parental), ni tampoco las normas europeas que interactúan con el CH 80 (porque complementan a un Convenio que no se está aplicando). Por tanto, no entrarían tampoco en juego las normas de la LEC. Es decir, a nuestro modo de entender, no basta con que las normas europeas o convencionales sobre restitución de menores sean aplicables, como dice el art. 778 quáter. 1 LEC, sino que además deben ser efectivamente aplicadas, frente a la opción de conseguir la restitución por medio de un proceso sobre la custodia.

11. En cuanto al ámbito territorial, debemos encontrarnos ante sustracciones en las que el Estado requirente y el requerido sean Miembros de la UE²¹ y apliquen el Reglamento.²² Además, para que se apliquen las reglas procesales del Capítulo IV bis LEC, se precisa que el menor secuestrado se encuentre presente en España (art. 778 quáter. 1 LEC), en el entendido de que el procedimiento regulado en dicho Capítulo (en concreto, en el art. 778 *quinquies* LEC) parte de que España como Estado requerido.

12. Continuando con el ámbito personal, nos centramos en el concepto de menor. De acuerdo con el CH 80, se considera como tal a toda persona que no haya alcanzado los 16 años. El R. 2019/1111, sin embargo, aporta su concepto de menor en el art. 2.2.6, como toda persona menor de 18 años²³. La aparente discordia en las definiciones no es tal, siempre que tengamos en cuenta que, a efectos del procedimiento de restitución de menores, el R. 2019/1111 complementa al CH 80, y por tanto ha de regirse por sus parámetros. De entrada, el art. 22 R. 2019/1111, que encabeza el Capítulo III del nuevo Reglamento, dedicado a la sustracción internacional de menores, menciona que se aplicará “(...) 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 (...)”.²⁴ El Considerando 17 R. 2019/1111 aclara que el propósito de la definición es evitar solapamientos con el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, pero seguidamente añade que “En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros.”

13. En España, la mayoría de edad también se alcanza a los 18 años, e incluso a efectos de protección de menores esa es la edad de referencia²⁵. Ello no impide que consideremos también la edad de 16 años como límite, pues el art. 778 quáter.1 LEC hace depender la operatividad del proceso especial de restitución de menores a que exista un Convenio aplicable. Por tanto, si está vigente el CH 80 entre España y el otro Estado, tendremos que ajustarnos a los ámbitos de aplicación de este Convenio, incluyendo el requisito de la edad del menor. Cabe añadir que no basta con que el menor no haya alcanzado los 16 años al interponer la acción: si esa edad se alcanza pendiente el proceso de retorno, también deja de aplicarse el CH 80 (y en consecuencia, el R. 2019/1111 y la LEC, al menos, en lo que a la acción de retorno refiere)²⁶.

14. Finalmente, a nivel temporal, hemos de tomar en consideración que el R. 2019/1111 comenzó a aplicarse el 1 de agosto de 2022. Antes de esa fecha, continúa aplicándose el R. 2201/2003. Los procedimientos de sustracción de menores que estén pendientes en el momento temporal del cambio

²¹ El traslado de un Estado Miembro a otro no tiene por qué ser directo, o al menos el Reglamento no lo exige. Es decir, el menor puede haber realizado estancias en Estados no Miembros de la UE antes de ser retenido en un Estado Miembro. *Vid.*, al respecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 152-153.

²² Conviene hacer dos precisiones: una es que Dinamarca ha decidido no participar en el R. 2019/1111, como indica el Considerando 96 R. 2019/1111; la otra es que, aunque el Considerando 95 mencione la participación del Reino Unido en el R. 2019/1111, este Estado ha dejado de ser Miembro de la UE, a consecuencia del *Brexit*.

²³ Sobre las diferencias en el concepto de menor que utilizan los instrumentos internacionales consagrados a su protección, *vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 27-30.

²⁴ *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, p. 293.

²⁵ De acuerdo con el art. 1 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 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 de enero de 1996, en adelante, LOPJM): “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

²⁶ La Fiscalía General del Estado ha establecido como criterio orientativo para los fiscales en España, en la orientación undécima de su Circular 6/2015 que “Deberán los Sres. Fiscales partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución”.

normativo del anterior al nuevo Reglamento siguen rigiéndose por el R. 2201/2003 (art. 100.2). Tanto antes como después de esa fecha, la LEC permitirá seguir complementando las normas del Reglamento en su caso aplicable.

3. Interacción conceptual

3.1. El derecho de custodia y su relación con la patria potestad

15. El CH 80 y el R. 2019/1111 (al igual que su antecesor, el R. 2201/2003) coinciden en la definición dada al concepto de sustracción internacional de menores. Los elementos para valorar son: a) la existencia de un traslado o retención del menor fuera de las fronteras del Estado de su residencia habitual, y b) la vulneración con ello de un derecho de custodia atribuido (ya sea por la ley, por resolución o mediante acuerdo) de conformidad con la legislación de aquel Estado, y que se venía ejerciendo de forma efectiva o cuyo ejercicio resulta imposible a causa del secuestro. La única diferencia entre el Convenio y el Reglamento, lógicamente, es que el Reglamento habla de Estados Miembros (los de su ámbito territorial) (arts. 3 CH 80, 2.11 R. 2019/1111). Nuestra legislación procesal civil no da un concepto propio del fenómeno, sino que se adapta al ámbito material que le sea aplicable (como sabemos por el art. 778 quáter. 1 LEC).

16. En cuanto al derecho de custodia, como elemento a valorar dentro del supuesto de hecho de la sustracción internacional de menores, Reglamento y Convenio coinciden en que comprende el derecho al cuidado de la persona de un menor, con especial hincapié en el derecho a decidir la residencia habitual de aquél (art. 5.a) CH 80 y 2.2.9 R. 2019/1111). El derecho de custodia, en ambos instrumentos, es un concepto autónomo, y como tal no depende de las consideraciones del Derecho interno de los Estados Parte del Convenio y/o del Reglamento. A la hora de comprobar si una persona tiene un derecho de custodia (en la concepción internacional del mismo), se deberá comprobar si las facultades que tiene con respecto a su derecho interno se pueden subsumir en dicha categoría de derechos²⁷. En definitiva, si la legislación interna da a uno, a otro o a ambos progenitores el derecho a decidir dónde reside el menor, eso será denotativo de un derecho de custodia, con independencia de que a nivel interno el cuidado del menor se asigne a uno, a otro, o a ambos progenitores.²⁸

17. Es particularmente reveladora la aclaración novedosa que realiza el Considerando 18 R. 2019/1111, cuando manifiesta que: “*A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.*”

18. Así ocurre en España. En nuestro ordenamiento el concepto por antonomasia empleado para hablar de las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos es la *patria potestad*. Dicha patria potestad, hasta muy recientemente, comprendía fundamentalmente dos facultades: “*1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.*” (art. 154 CC, párrafo tercero, en su redacción anterior a 2021). El con-

²⁷ Vid. K. BEEVERS y J. PÉREZ MILLA, “Child Abduction: Convention ‘Rights of Custody’ – Who Decides? An Anglo-Spanish Perspective”, *Journal of Private International Law*, 2007, Vol. 3, No. 1, pp. 206-208.

²⁸ Vid. B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980*, Madrid: Dykinson, 2002, pp. 70-73.

cepto de patria potestad, así definido no dejaba claro si comprendía la facultad de decidir la residencia habitual de los menores. No ocurre así, por ejemplo, en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*²⁹, en cuyo Capítulo IV (“Potestad Parental”) y más concretamente, en su Sección 3ª (“Contenido de la potestad parental”), el art. 236-17, apartado 2, establece que: “*Los progenitores determinan el lugar o los lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar*”³⁰.

19. La cuestión no es del todo problemática en la medida en que el menor y los progenitores conviven en un mismo núcleo familiar, ya que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad serán presumiblemente conjuntos (arts. 154.1 CC y 156 CC). No obstante, en caso de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), lo usual es distribuir las funciones derivadas de la patria potestad entre ambos progenitores: a veces el ejercicio de la patria potestad se reserva a un solo progenitor, otras veces se mantiene el ejercicio conjunto, y en otros supuestos también se pueden distribuir las funciones de esa patria potestad, bien en forma de custodia compartida o en un régimen de guarda y custodia exclusiva y un régimen de visitas, entre otros supuestos.

20. La cuestión clave será dilucidar a quién pertenece el derecho de decidir la residencia habitual del menor. En esta cuestión, la jurisprudencia menor ha sido muy diversa, y en algunos casos las Audiencias Provinciales han entendido que el titular de la guarda y custodia es la persona que puede decidir la residencia habitual del menor, mientras que en otros casos se ha entendido que la residencia habitual es una facultad de la patria potestad, y que la cuestión ha de resolverse en términos de titularidad y ejercicio de aquélla, con independencia de quién asuma en concreto la guarda y custodia.³¹ Esta última posición fue en su día suscrita por el Tribunal Supremo en la *STS núm. 642/2012, de 26 de octubre*³². En ella se declara que la facultad de decidir dónde reside el menor es una cuestión atinente a la patria potestad³³ y que, incluso en caso de crisis matrimonial, los progenitores (a quienes por regla general les corresponde el ejercicio conjunto de la patria potestad, *ex art. 156 CC*) han de decidir la residencia del menor³⁴. Para mejor y más definitiva aclaración, la D.F. 2ª, apartado segundo, de la reciente *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*³⁵ ha incorporado, como facultad dimanante de la patria potestad: “*3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*”.

²⁹ BOE núm. 203, de 21 de Agosto de 2010.

³⁰ Como confirma la *AAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 376/2019 de 9 de octubre*, (ECLI:ES:APB:2019:7737A), es una facultad que corresponde a ambos progenitores incluso en los supuestos de crisis familiar: “*La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) y que corresponde a ambos padres. Llevar a cabo un cambio de residencia dentro del territorio nacional exige las mismas condiciones. En concreto, el art. 236-11. 6 CCCat exige consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o, en otro caso, autorización judicial para variar el domicilio de los hijos si ello los aparta de su entorno habitual*”.

³¹ *Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS*, “Traslado del domicilio del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (dir.) *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Vol. 2. Murcia: RapidCentro Color, S.L.*, 2019, p. 579; E. ZARRALUQUI NAVARRO, “Guarda y custodia vs. Patria potestad en cuanto a la decisión del lugar de residencia de los hijos menores”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL ABOGADO, *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 167-176.

³² ECLI:ES:TS:2012:6811.

³³ *STS núm. 642/2012, F.J. 2º*: “*Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodia*”.

³⁴ *Ibid. F.J. 2º*: “*La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia*”.

³⁵ BOE núm. 134, de 05 de junio de 2021.

21. Por lo tanto, la cuestión de la atribución del derecho de custodia a nivel internacional se resuelve a nivel interno desde el punto de vista de la titularidad y ejercicio de la patria potestad. Cuando la titularidad es conjunta, pero el ejercicio no, sólo el progenitor ejerciente es quien tiene capacidad para decidir la residencia habitual. Cuando el ejercicio es conjunto, como suele ser la regla general (art. 156 CC), ambos decidirán sobre la misma.³⁶

22. Esta lectura es importante también cuando nos enfrentamos a la cuestión de la legitimación para ejercitar la acción de restitución del menor en los términos de la LEC. Desde la reforma operada en 2015, nuestra LEC permite incoar la acción de restitución a “*la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad*” (art. 778 quáter. 3 LEC). Ya sea el titular de la guarda y custodia o el beneficiario de un régimen de visitas, relación o comunicación, la cuestión implícita es que dicho titular tenga capacidad para decidir la residencia habitual del menor.

3.2. La residencia habitual

23. Ni el CH 80, ni el R. 2019/1111 ni la LEC definen qué ha de entenderse por residencia habitual del menor. Sin embargo, su importancia es tal en el procedimiento de sustracción internacional de menores que merece unas consideraciones. No podemos hablar del “concepto”, pero sí de la “concepción” que se tiene de este criterio de conexión en los diversos ámbitos geográficos, de mayor a menor: los Estados Parte del CH 80, los Estados Miembros de la UE, y finalmente, nuestro país. La jurisprudencia en los tres casos ha dado ciertas ideas que permiten atisbar una serie de características importantes del término.

24. El criterio, empleado en el CH 80, se caracteriza por ser, en primer lugar, autónomo. Esto quiere decir que no depende de las consideraciones que sobre la residencia habitual hagan los Estados Parte; y en segundo lugar, que su interpretación ha de ajustarse a los objetivos del Convenio³⁷. Por otra parte, es un concepto de carácter fáctico, a determinar por las autoridades competentes en función de las circunstancias de hecho presentes en el caso concreto³⁸. A partir de aquí, se ha hecho notar en la jurisprudencia la existencia de tres tendencias interpretativas según en qué circunstancias el órgano jurisdiccional ponga mayor acento. Existen precedentes judiciales donde el enfoque se centra exclusivamente en el menor, esto es, las circunstancias que rodean a su vida en particular hasta que se produce el traslado o retención, con independencia de la intención de los progenitores. En otros casos, se pone el acento en cuál es la intención de los progenitores, teniendo en cuenta la mayor dependencia que el menor tiene con el contexto familiar frente al social cuando aquél tiene una corta edad. Finalmente, en una línea intermedia, podemos encontrar un enfoque mixto, donde se valoran ambos tipos de factores de forma global.³⁹

³⁶ Vid. M. J. MONFORT FERRERO, “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar un estudio interdisciplinar*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 127-129.

³⁷ Una explicación detallada de estas ideas se puede encontrar en el CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faa17efb050.pdf>, p. 178, par. 13.83-13.84. Aunque el Manual Explicativo se refiere al CH 96, hace continuas alusiones al CH 80 cuando explica el criterio de la residencia habitual del menor.

³⁸ Vid. E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Elisa Pérez-Vera”, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> p. 19, par. 66; CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996...”, *op. cit.*, p. 178, y en especial, par. 13.83.

³⁹ Nos basamos en el análisis de los precedentes judiciales presentado por P. McLEAVY Y A. FIORINI (s.f.), “Residencia habitual”, INCADAT, disponible en: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

25. En la UE, también se ha desarrollado una amplísima jurisprudencia sobre el concepto de residencia habitual del menor. En un importante número de cuestiones prejudiciales, precisamente el caso de origen ha sido un desplazamiento del menor entre Estados Miembros donde las autoridades judiciales se encontraban en la tesitura de concluir en si verdaderamente constituía una sustracción ilícita en los términos del art. 2.2.11 R. 2201/2003. Derivado de ello, al evaluar el elemento de la residencia habitual, se han aportado importantes criterios hermenéuticos sobre la base del foro general de la residencia habitual del menor para los asuntos de responsabilidad parental (art. 8 R. 2201/2003), del cual el art. 10 R. 2201/2003 es una regla especial, que busca la conservación de la competencia en los tribunales del Estado de residencia habitual pese al traslado o retención ilícitos. *Grosso modo*, se puede concluir del conjunto de los pronunciamientos que la residencia habitual es un concepto autónomo que se debe interpretar de conformidad con los objetivos del R. 2201/2003 (en particular, el Considerando 14 establece que el foro responde tanto al interés superior del menor como al criterio de proximidad). Del mismo modo, es un concepto que tiene un carácter fáctico, y que habrá de determinarse en cada caso concreto según las circunstancias que el asunto presente. Respecto de estos criterios, se ha señalado, por ejemplo, que la presencia física del menor en un Estado Miembro es un requisito necesario, aunque no suficiente para corroborar la residencia habitual. También corresponde comprobar en conjunto factores como la duración y la regularidad de esa presencia, la integración social en dicho Estado (relaciones familiares, sociales, escolarización, conocimiento del idioma...). La intención de los progenitores, manifestada en ciertas acciones externas también constituye un importante factor a valorar; especialmente, en los casos en los que el menor tiene corta edad (como el caso de los lactantes)⁴⁰.

26. En definitiva, de las tres posturas observadas por los Estados parte del CH 80, la jurisprudencia del TJUE adopta un enfoque mixto⁴¹. Este enfoque ha sido acogido también en la jurisprudencia española. Si se observan los pronunciamientos más recientes en torno al concepto de residencia habitual, se pueden observar que muchos de ellos hacen suya la doctrina del TJUE en su fundamentación para, a continuación, valorar los hechos del caso concreto siguiendo el estándar interpretativo de la jurisprudencia europea. Dejamos indicados algunos ejemplos:

27. -SAP Barcelona (Sección 18^a) núm. 785/2017, de 3 de octubre⁴², se consideran elementos determinantes de la residencia habitual de un menor en el Reino Unido y no en España: la integración laboral y familiar de los progenitores en el país británico, y la permanencia allí durante un tiempo de dos años antes de que el menor naciera y conviviera con ellos en dicho país. No se considera relevante el empadronamiento en España.

28. - SAP Palencia (Sección 1^a) núm. 171/2018, de 20 de abril⁴³, se concluye que el menor tiene su residencia en Reino Unido partiendo de que el menor realizaba una estancia vacacional en España y poseía billete de regreso a Reino Unido, donde está inscrito en el Registro Consular, en una escuela

⁴⁰ Son numerosas las sentencias que se pronuncian sobre cuestiones relacionadas con la residencia habitual del menor. Muchas de ellas, además, traen por causa supuestos de traslado o retención de menores: STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, as. C-523/07, *A* (ECLI:EU:C:2009:225); STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829); STJUE (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014, as. C376/14 PPU, *C y M* (ECLI:EU:C:2014:2268); STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017, as. C-499/15, *W y V* (ECLI:EU:C:2017:118); STJUE (Sala Primera) de 8 de junio de 2017, as. C-111/17 PPU, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), par. 42; STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). Igualmente, podemos encontrar estudios recientes sistematizando las posiciones jurisprudenciales en 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 Y I. LORENTE MARTÍNEZ (dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada: Comares, 2019, pp. 307-323; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, op. cit., pp. 126-153

⁴¹ Vid. C. M. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 51-52.

⁴² ECLI:ES:APB:2017:10784, en especial, F.J. 3^o.

⁴³ ECLI:ES:APP:2018:217, en especial, F.J. 1^o. Sobre esta sentencia, vid. nota de 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.

británica y en el sistema de salud de dicho país. El empadronamiento posterior a la salida del menor de Inglaterra no es relevante.

29. - SAP A Coruña (Sección 4ª), núm. 262/2019, de 5 de julio⁴⁴, se considera que la menor secuestrada en España tiene su residencia habitual en Bélgica, donde la madre se encuentra instalada desde que se mudó en 2014. Allí, además se casó, inscribió su matrimonio y residió con su marido en el mismo domicilio. También consta que la madre trabajaba para dos empresas, y en una de ellas a tiempo completo.

30. - SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 413/2019, de 15 de julio⁴⁵, se entiende que el menor tiene su residencia habitual en España, donde vive en un piso arrendado con los progenitores. En España está escolarizado y asiste a actividades extraescolares.

31. - SAP Girona (Sección 2ª) núm. 495/2019, de 13 de diciembre⁴⁶: Los menores trasladados a España tienen su residencia en el Reino Unido, donde vivían hasta que fueron trasladados (un período de 4 años). Allí desarrollaban su actividad vital, recibían formación, disponían de asistencia sanitaria y de un entorno familiar y social. Además, el padre consintió a que los menores se trasladaran a dicho país.

32. - SAP Madrid (Sección 24ª) núm. 1055/2020, de 18 de noviembre⁴⁷: El empadronamiento en ciudad española no es relevante para entender que los menores no residen en Reino Unido. La escolarización en España responde al deber de los padres de dar educación a sus hijos, pero no condiciona la residencia de las menores, máxime cuando no concurre el consentimiento paterno.

33. -SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 1027/2021, de 27 de julio⁴⁸: Los menores retenidos en España tienen su residencia habitual en Estonia, donde permanecieron bajo el cuidado de los abuelos durante casi dos años, sólo han realizado estancias en España por tres meses y en el Reino Unido durante las vacaciones de Navidad. Además, consta la aquiescencia del padre a que los menores regresen a Estonia tras dichas estancias (no se interpone acción judicial al respecto). Los menores acuden a centros escolares en Estonia y allí residen sus abuelos con quienes han convivido desde que se trasladaron con su madre.

4. Interacción procedimental

4.1. Respeto al papel de las Autoridades Centrales

34. A lo largo del presente apartado daremos cuenta de las principales novedades que introduce el R. 2019/1111 y de si se corresponden o no con la legislación vigente en España. Este planteamiento busca comprobar si nuestro ordenamiento está a la vanguardia de los principales cambios normativos que han acontecido en la UE a raíz de la reciente reforma del Reglamento.

35. Comenzaremos por Autoridades Centrales. Estas instituciones ocupan un papel esencial en el proceso de restitución de menores. El CH 80 da la posibilidad de conseguir a través de ellas un retorno voluntario del menor, sin necesidad de acudir al procedimiento judicial (arts. 8-10 CH 80). No obstante, al mismo tiempo, cumplen una función asistencial en los casos en que se ejerce una acción de restitución ante los órganos jurisdiccionales (arts. 29-30 CH 80)⁴⁹. De una manera u otra, están presentes y su intervención puede ser crucial para lograr un rápido retorno.

⁴⁴ ECLI:ES:APC:2019:1546, en especial, F.J. 3º.

⁴⁵ ECLI:ES:APPO:2019:1766.

⁴⁶ ECLI:ES:APGI:2019:1950, en especial, F.J. 4º.

⁴⁷ ECLI:ES:APM:2020:13855, en especial, F.J. 4º.

⁴⁸ ECLI:ES:APMA:2021:3080, en especial, F.J. 4º.

⁴⁹ El hecho de que la restitución de menores se encauce ante autoridades judiciales o administrativas no implica que las Autoridades Centrales tengan que inhibirse o dejen de intervenir en el procedimiento de restitución. Como explica E. PÉREZ VERA,

36. El R. 2019/1111 ha desarrollado muy ampliamente el Capítulo V sobre cooperación de autoridades en materia de responsabilidad parental, lo que implica un compromiso fehaciente por mejorar este aspecto de las relaciones entre los Estados Miembros. Ahora bien, este Capítulo V no opera en relación con la cooperación de las autoridades en materia de sustracción internacional de menores, pues claramente el Considerando 73 R. 2019/1111 así lo señala⁵⁰. La razón es que no constituyen procedimientos de fondo sobre responsabilidad parental: algo insuficientemente justificado, si tenemos en cuenta que, en otros ámbitos, el carácter fáctico de los procedimientos de restitución no ha impedido extender otro tipo de reglas también a aquéllos, como las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones (Considerando 16 y art. 2.1, apartados a y b R. 2019/1111). Menos sentido tiene aún cuando el legislador europeo recomienda a los Estados Miembros que las Autoridades Centrales que cooperan en nombre del CH 80 y del CH 96 sean las mismas (Considerando 72 R. 2019/1111): se está invitando a una unidad institucional, al mismo tiempo que se mantiene una dualidad en los regímenes jurídicos. Se desaprovecha así, para los Estados Miembros, la oportunidad de establecer un régimen más perfilado y común de cooperación entre las Autoridades Centrales, que apenas se suple con las normas del CH 80,⁵¹ las cuales dejan a discreción de los Estados Parte la configuración del sistema de cooperación.⁵²

37. Dentro del Capítulo III R. 2019/1111, dedicado a la sustracción internacional de menores, se establecen algunas funciones específicas asignadas a la Autoridad Central de cada Estado Miembro. En el art. 23.2 R. 2019/1111 se establece un plazo de 5 días para que la Autoridad Central acuse recibo de las solicitudes de retorno de menores sustraídos, además de informar sin dilación de las gestiones realizadas o a realizar.⁵³ Se establece la posibilidad de asistencia de las Autoridades Centrales en caso de acudir a mediación en el art. 25 R. 2019/1111. En el art. 27.4 R. 2019/1111 se establece como rol de la Autoridad Central la asistencia comunicativa a los órganos jurisdiccionales para conocer de las medidas establecidas en el Estado de residencia habitual del menor destinadas a paliar el grave riesgo de peligro físico o psíquico, o situación intolerable para el menor. También se establece la función de asistir en la comunicación de los trámites procesales seguidos en el proceso de restitución al órgano jurisdiccional que, en el momento de resolverse el retorno, esté conociendo de un procedimiento sobre el derecho de custodia, de conformidad con el art. 29.3 R. 2019/1111. Estas funciones comunicativas son alternativas

“Informe explicativo...”, *op. cit.* p. 9, par. 103: “(...) los esfuerzos para la entrega voluntaria del menor pueden proseguir tras la presentación de la demanda ante las autoridades judiciales o administrativas, si dichos esfuerzos se iniciaron antes; por otra parte, en la medida en que la iniciativa con vistas al retorno del menor no se transfiere a esas otras autoridades, es la Autoridad central la que debe decidir si las tentativas para alcanzar dicho objetivo han fracasado. Por lo demás, resulta claro que los trámites previstos en este artículo no deben prejuzgar la acción de las Autoridades centrales para impedir un nuevo traslado del menor, de conformidad con el artículo 7, apartado 2b.”

⁵⁰ Dice el Considerando 73 R. 2019/1111: “Las disposiciones del presente Reglamento sobre cooperación en materia de responsabilidad parental no deben aplicarse al trámite de solicitudes de restitución en virtud del Convenio de la Haya de 1980 que, de conformidad con el artículo 19 de dicho Convenio y la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, no constituyen procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental. Sin embargo, la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 se debe complementar con las disposiciones del presente Reglamento en materia de sustracción internacional de menores y con el capítulo del presente Reglamento sobre reconocimiento y ejecución y el capítulo sobre las disposiciones generales.”

⁵¹ El CH 80 apenas dedica dos artículos al régimen jurídico de las Autoridades Centrales. El art. 6 establece el deber de los Estados Parte del Convenio de designarla. El Art. 7 enuncia un catálogo de funciones de cooperación entre ellas. Contamos en la actualidad, además, con una Guía de Buenas Prácticas destinada al buen hacer de las Autoridades Centrales, que en cualquier caso, tiene carácter de recomendaciones de *soft law*. *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre De 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Primera parte – Práctica de las Autoridades Centrales”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2780>.

⁵² *Vid.* M. ZUPAN, C. HOEHN, Y U. KLUTH, “Central Authority Cooperation Under The Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 22 (2020/2021), p. 195.

⁵³ Se critica, no obstante, que más allá del acuse de recibo de las solicitudes, no se establezca un plazo máximo para tramitarlas. En la Propuesta de Reforma del año 2016, sí se preveía, en el art. 67.1.g), un plazo de seis semanas. *Vid.*, por ejemplo, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *op. cit.*, p. 393; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, p. 297; DE SOUSA GONÇALVES, A. S., “Wrongful removal or retention of children and the Brussels IIa proposed recast”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 363-364.

a la posibilidad de comunicación directa entre las autoridades jurisdiccionales de los Estados requirentes y requerido (art. 86 R. 2019/1111).

38. En nuestra legislación interna, la primera cuestión a resaltar es que disponemos de una misma Autoridad Central para las cuestiones de cooperación civil internacional en materia de sustracción internacional de menores y cuestiones de responsabilidad parental. Se trata de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.⁵⁴ Este órgano ya fue designado en su momento por nuestro país para asistir en la cooperación judicial internacional respecto del Reglamento anterior (en virtud de los arts. 53 y 67.a R. 2201/2003),⁵⁵ y del mismo modo, también como Autoridad Central a los efectos de aplicar el CH 80.⁵⁶

39. Esta Autoridad Central, además de observar las tareas que el CH 80 y el R. 2019/1111 le confiere en los procesos de restitución, también tiene asignadas las siguientes tareas en el marco del procedimiento interno de restitución de menores:

40. *-Legitimación en el proceso de restitución de menores (Art. 758 quáter. 3 LEC):* La Autoridad Central española, además de dar curso a las solicitudes de restitución de menores, también puede interponer la acción de retorno del menor, asistida por la intervención del Abogado del Estado. Esta intervención cesa cuando el propio interesado comparece con su propia representación y postulación procesales (art. 778 quáter. 4 LEC).

41. *-Asistencia en las comunicaciones judiciales directas entre los órganos jurisdiccionales:* En caso de que el Juez lo precise, una alternativa para facilitar las comunicaciones directas es el auxilio de las Autoridades Centrales, aunque ya como sugería el R. 2019/1111, se puede acudir a otras vías alternativas (Considerandos 45 y 46): el art. 778 quáter. 7 LEC menciona las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes (como, por ejemplo, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil), la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya o los jueces de enlace.

42. *-Asistencia en materia de ejecución de resoluciones:* Para dar eficacia a los pronunciamientos que deciden el retorno del menor de España a otro Estado Miembro o Parte de algún Convenio vigente, la Autoridad Central, según dice el art. 778 quinquies. 13 LEC, “prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas”.

43. *-Asistencia en la obtención declaración de la ilicitud del traslado o retención (art. 778 sexies. 2 LEC).*

4.2. Medidas en relación con el procedimiento judicial acelerado

44. Otro de los puntos de actuación de la reforma del R. 2201/2003 sobre el proceso de restitución de menores ha tenido que ver con la configuración de la vía judicial para lograr la devolución al

⁵⁴ Vid. Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, BOE núm. 63, de 12 de marzo 2020. En especial, arts. 81. a) y b), y 8.2. a).

⁵⁵ Para consultar la información transmitida en materia de autoridades centrales y lenguas por España a la Comisión en aplicación del art. 67.a) R. 2201/2003, vid. COMISIÓN EUROPEA (25 de junio de 2021). *Reglamento «Bruselas II bis» — Cuestiones matrimoniales y de responsabilidad parental: BUSCAR TRIBUNALES COMPETENTES*. European E-Justice, disponible en: https://e-justice.europa.eu/377/ES/brussels_ii_regulation_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility?SPAIN&member=1 (Consultado el 10 de mayo de 2022).

⁵⁶ Para consultar la información de las Autoridades Centrales de los Estados Parte del CH 80, vid. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (s.f.). #28 - *Autoridades*. hch.net. disponible en: <https://www.hch.net/es/instruments/conventions/authorities1/?cid=24> (Consultado el 10 de mayo de 2022).

Estado de residencia habitual del menor sustraído. En este punto, la reforma ha incidido especialmente en los plazos de tramitación del proceso de restitución de menores: el nuevo R. 2019/1111 establece un plazo de seis semanas para resolver el asunto en primera instancia (art. 24.2 R. 2019/1111) y otras seis semanas para la resolución del eventual recurso en segunda instancia (art. 24.3 R. 2019/1111). Junto a ello, se establece un plazo de otras seis semanas para la ejecución (art. 28.2 R. 2019/1111) Plazos no más breves, pero sí más realistas⁵⁷.

45. Si acudimos a nuestra normativa procesal civil, encontramos que el art. 778 *quáter*. 5 LEC establece que el procedimiento “*Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”. Este reducido plazo se ayuda de otro tipo de medidas que aceleran la tramitación procesal, como la exclusión de la prejudicialidad penal en el proceso de restitución de menores (art. 778 *quáter*. 6 LEC) o también, como declara la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, otra medida ha consistido en “*atribuir competencia al Juzgado de Guardia en caso de inicio de actuaciones en días inhábiles*”⁵⁸. No obstante, a pesar de lo indicado, las estadísticas más recientes muestran que España, entre 2015 y 2017, resolvió los procedimientos de restitución en un promedio de 190 días (para ordenarla) y de 147 días (para rechazarla)⁵⁹.

46. Junto a ello, el R. 2019/1111 plantea, a modo de recomendación, que los Estados Miembros consideren la posibilidad de concentrar la competencia judicial internacional en materia de sustracción internacional de menores en uno solo o en un conjunto concreto de órganos jurisdiccionales (Considerando 41 R. 2019/1111). Del mismo modo, plantea que sería conveniente que sólo se pudiera presentar un único recurso contra la resolución por la cual se resuelve sobre el retorno del menor (Considerando 42 R. 2019/1111). Ambas cuestiones, hoy en los indicados Considerandos, habían formado parte del texto normativo primigenio de la Propuesta presentada por la Comisión en el año 2016. Concretamente en el art. 22 de dicho primer borrador establecía: “*Los Estados miembros garantizarán que su competencia para las demandas de restitución de un menor contemplada en el artículo 21 se concentre en un número limitado de órganos jurisdiccionales. Estos órganos jurisdiccionales serán comunicados por cada Estado miembro a la Comisión de conformidad con el artículo 81.*” Y del mismo modo, el art. 25.4 de la Propuesta, en el seno del proceso de restitución de menores, establecía: “*Contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*”.⁶⁰ Finalmente, estos artículos no forman parte de la versión definitiva, pues según han indicado algunos autores, suponían adentrarse en un ámbito que está fuera de la competencia de la UE, como es la organización interna de los órganos jurisdiccionales de cada Estado Miembro.⁶¹

⁵⁷ Vid. P. BEAUMONT, L. WALKER Y J. HOLLIDAY, “Parental Responsibility and International Hague Abduction in the proposal recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”. Working Paper No. 2016/6, University of Aberdeen, School of Law. Recuperado de: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, p. 3. En el mismo sentido, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *op. cit.*, p. 393; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp 296-297.

⁵⁸ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. Recuperado de: http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf, p. 66.

⁵⁹ Vid. N. LOWE y V. STEPHENS, “Prel. Doc. No 11 C of July 2018 - Part III — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — National reports”, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4f8e-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>, p. 118 Aunque la Reforma del procedimiento entró en vigor en el año 2015, los instrumentos internacionales suscritos por España, en concreto, el CH 80 y el R. 2201/2003, ya eran aplicables imponiendo la exigencia del plazo de seis semanas, con lo que entendemos que los datos pueden servirnos de orientación.

⁶⁰ Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁶¹ 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*, Madrid:

47. Ambas “sugerencias” son realidades jurídicas en nuestra normativa interna. En cuanto a la competencia interna para conocer de los procedimientos de sustracción internacional de menores, la reforma de la LEC del año 2015, a través del art. 778 quáter. 2 LEC, introduce dos criterios de concentración competencial: el primero, de carácter objetivo, en los Juzgados de Primera Instancia especializados en Derecho de Familia; y el segundo, de carácter territorial, en el fuero de la capital de la provincia en cuya demarcación se halle el menor. Esta doble concentración permite, por un lado, unificar dos criterios locativos (la capital de provincia y la circunscripción), que antaño habían originado conflictos de competencia⁶²; y en segundo lugar, se excluye la posibilidad de conflictos entre los Juzgados de Familia y los de Violencia de Género⁶³.

48. Por lo que se refiere a la unidad de recurso, El art. 778 *quinquies* LEC, en su apartado 11, establece que “*Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días*”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado en no pocas ocasiones que no cabe ulterior recurso contra la resolución que resuelve el recurso de apelación interpuesto frente a una sentencia sobre restitución de menores.⁶⁴ Se diferencia este recurso, por tanto, del recurso de apelación estándar, donde de conformidad con el art. 466 LEC, cabría posibilidad de interponer un recurso de queja o de casación, si se dan los requisitos procesales.⁶⁵

4.3. Fomento de la mediación

49. La doctrina ha insistido en que resultaría conveniente que la solución a los conflictos familiares, especialmente en caso de traslado o retención ilícitos, se planteara desde la mediación familiar. Primero, porque permitiría una solución pacífica a menor coste y con mayor celeridad procesal frente a una jurisdicción cada vez más colapsada e ineficiente⁶⁶. Segundo, porque alcanzar acuerdos entre los progenitores es conveniente porque la relación paternofamiliar está llamada a perdurar, al menos durante el tiempo en que el menor dependa de sus progenitores. Y tercero, porque a nivel procesal, este tipo de conflictos internacionales requiere de una especial sensibilidad y de una formación especializada, que

Sepin, 2020, p. 208; M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 22 (2020/2021), p. 132.

⁶² Da buena cuenta de ello el AAP Las Palmas de Gran Canaria núm. 144/2006, de 18 de julio, ECLI:ES:APGC:2006:1320A. En este Auto se resolvía el conflicto competencial entre el fuero de la demarcación judicial del menor sustraído (art. 1902 LEC-1981) y el fuero preferencial de la capital de provincia, en caso de intervención del Estado como parte (art. 15 Ley 52/1997), en favor del primero con un argumento de preponderancia del interés superior del menor sobre prerrogativas organizativas del Estado.

⁶³ Al respecto *vid.* S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional op. cit.*, p. 87; , F. J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3º (enero-junio 2016), pp. 5-6; 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)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2021, Vol. 73, No. 2, p. 248.

⁶⁴ *Vid.* AATS de 31 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:11590A, ECLI:ES:TS:2018:11557A y ECLI:ES:TS:2018:11592A), ATS de 10 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3481A), ATS de 11 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:10299A), ATS de 2 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:11276A), ATS de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:12796), ATS de 20 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1382).

⁶⁵ 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, (*dir.*) *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 2*. RapidCentro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 590-592.

⁶⁶ En este sentido, *vid.* Y. VELARDE D’ AMIL “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de las Sustracción Internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED* núm. 17, 2015, p. 1289. Cabe recordar que la dilación procesal puede acabar provocando que, valorada la efectiva integración del menor, si transcurre un año desde el traslado o retención, la restitución se deniegue, *vid.* art. 12, párrafo segundo CH 80.

permita tratar con solvencia diferencias idiomáticas, culturales, geográficas, y jurídicas que atañen a los conflictos familiares internacionales.⁶⁷

50. En los albores del procedimiento de evaluación de impacto del R. 2201/2003 se pusieron igualmente de manifiesto los beneficios que comportaría incorporar la mediación a la sustracción internacional de menores. La Comisión, a estos efectos, encargó a una comisión especializada de la Red Judicial Europea la elaboración de un estudio al respecto. Dicha comisión emitió un informe donde reconocía que la mediación es un medio que contribuiría a resolver casos de sustracciones ilícitas producidas tanto entre Estados parte del CH 80 como respecto de Estados ajenos al Convenio. Destaca que permitiría prevenir estas sustracciones, así como alcanzar soluciones pacíficas que serían cumplidas voluntariamente por las partes⁶⁸.

51. El legislador europeo, consecuente con estas recomendaciones, ha introducido el recurso a la mediación en el art. 25 R. 2019/1111, que indica lo que sigue: “*Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento.*” Esta medida supone el último eslabón de una importante serie de iniciativas en favor de consolidar los medios alternativos de resolución de conflictos en la UE.⁶⁹

52. Con este precepto se instaure en el Reglamento la posibilidad de una vía pacífica de resolución del conflicto provocado por la sustracción internacional de menores. Vía que se completa, además, por la posibilidad de prorrogar la competencia sobre los asuntos de responsabilidad parental en los tribunales competentes para decidir sobre el retorno, con el propósito de concentrar en el mismo proceso la resolución de las posturas discrepantes en materia de responsabilidad parental y dar eficacia jurídica al acuerdo de mediación a través de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido para el retorno (art. 9 y Considerandos 22 y 43 R. 2019/1111)⁷⁰.

53. Lo que no encontramos en el R. 2019/1111 son directrices procedimentales de la mediación en caso de traslados o retenciones ilícitos de menores.⁷¹ No es que no las haya, porque debemos recordar otro hito anterior en el fomento de la mediación en la UE, que es la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en*

⁶⁷ Entre otros autores que hacen referencia a las ventajas de la mediación para los casos de sustracción transfronteriza, podemos encontrar un desarrollo muy completo en C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, op. cit., pp. 166-175. A. MARÍN VELARDE Y F. MORENO MOZO, “El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores”, en A. MONGE FERNÁNDEZ, (dir.) *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, JYB Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 237-239, consideran una ventaja para tratar la sustracción, la aplicación de los principios orientadores de la mediación, tales como voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, los cuales se enuncian tanto en la legislación nacional como en la autonómica especificada *infra*. También son interesantes los trabajos de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), Vol. 6, núm. 2, p. 136; C. CARRILLO LERMA, “Mediación Familiar Internacional y Sustracción Internacional de menores”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015, p. 187.

⁶⁸ Vid. COUNCIL OF EUROPEAN UNION, “Conclusions of the ministerial seminar organised by the Belgian Presidency concerning international family mediation in cases of international child abduction”, 6121/10, JUSTCIV 194, de 12 November 2010, disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16121-2010-INIT/en/pdf>, en especial, pp. 5-6.

⁶⁹ Para una panorámica sobre las iniciativas sobre mediación en el contexto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, del Consejo de Europa, de la UE y de España, vid. 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* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 132-173.

⁷⁰ Vid. 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*, núm. 40, diciembre 2020, p. 8.

⁷¹ Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, op. cit., p. 304.

*asuntos civiles y mercantiles*⁷², que llama a los Estados Miembros a la armonización de sus legislaciones al respecto. Igualmente, son relevantes otras iniciativas al modo de recomendaciones de *soft law*, como por ejemplo el *Código de conducta europeo para Mediadores*⁷³, impulsado por la Comisión Europea; o también el *Vademécum del Mediador ante el Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores*⁷⁴. También es relevante, en relación con el CH 80, la elaboración por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de una Guía de Buenas Prácticas sobre mediación.⁷⁵

54. En nuestro ordenamiento es muy prolífica la legislación existente sobre mediación, sea con carácter general o en especial, referida a la mediación familiar. Sirva de anticipo que nuestra LEC, en su art. 778 *quinquies*. 12, ya contemplaba desde 2015 la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de promover, si lo valoran factible, la mediación entre las partes una vez interpuesta la acción de restitución, lo cual es acorde con el fomento de la mediación que se hace en el art. 25 del Reglamento 2019/1111⁷⁶. A ello se añade, a nivel nacional, la promulgación *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁷⁷ (en lo sucesivo, LM), que sirve de vía de trasposición de la Directiva europea sobre mediación. E igualmente, contamos con una pluralidad de normas de origen autonómico⁷⁸. Del repaso de todas ellas, se pueden atisbar unas características comunes:

55. a) Sobre la formación del mediador. La legislación autonómica tiende a requerir de los mediadores una formación específica en titulaciones como Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación social y análogas; y una formación específica mediante cursos de mediación especializados⁷⁹.

56. b) Interdicción en caso de violencia doméstica. El R. 2019/1111 menciona el caso de la violencia doméstica, como inidóneo para acudir a este mecanismo de resolución de conflictos (Considerando 43). Del mismo modo, cuando nuestro ordenamiento se pronuncia, fundamentalmente a nivel au-

⁷² DOUE núm. L 136, de 24 de mayo de 2008. Para una valoración de la acogida de la Directiva en los Estados Miembros, vid. J. TYMONSKI, "The Mediation Directive. European Implementation Assessment. In-Depth Analysis". PE 593.789. Diciembre de 2016. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA\(2016\)593789_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA(2016)593789_EN.pdf). En especial, pp. 29-35.

⁷³ Disponible a través del siguiente enlace: <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=4240637c-21b9-46d1-a7cc-e50a30d4dab4>

⁷⁴ Se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf

⁷⁵ Vid. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre De 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Mediación", disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6475&dtid=52>

⁷⁶ No obstante, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, plantea que la legislación española podría prever una fase previa al litigio, para valorar la posibilidad de que el caso concreto sea resuelto por mediación. Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *op. cit.*, p. 396. Ahora bien, aunque llegara a regularse así en nuestro país, lo decisivo para que la mediación sea efectiva es que exista predisposición de los progenitores a alcanzar un acuerdo. Si la tendencia de los conflictos familiares es litigiosa, exigir una valoración sobre la posibilidad de la mediación puede contribuir a ralentizar la restitución del menor. Recordemos, por cierto, que el art. 25 R. 2019/1111 excepciona esta exigencia de promover mecanismos extraprocerales si conllevan un retraso indebido del procedimiento. Lo ideal sería recabar primero la voluntad de las partes sobre la posibilidad de un acuerdo (basta cerciorar sobre las ventajas de la mediación y preguntar si quieren realizarla).

⁷⁷ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012. Dicha Ley traspone en nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE.

⁷⁸ Por orden alfabético de Comunidades Autónomas. En Andalucía: Ley 1/2009, de 27 de febrero (en lo sucesivo LMFA). En Aragón: Ley 9/2011, de 24 de marzo (en lo sucesivo, LMFAR). En Asturias: Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo (en lo sucesivo, LMFAs). En Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (en lo sucesivo, LMFC). En Cantabria: Ley 1/2011, de 28 de marzo (en lo sucesivo LMCant). En Castilla-La Mancha: Ley 1/2015, de 12 de febrero (en lo sucesivo, LMFCM). En Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril (en lo sucesivo, LMFLC). En Cataluña: Ley 15/2009, de 22 de julio (en lo sucesivo, LMCat). En la Comunidad Valenciana: Ley 24/2018, de 5 de diciembre (en lo sucesivo (LMV). En Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo (en lo sucesivo, LMG). En las Islas Baleares: Ley 4/2010, de 9 de diciembre (en lo sucesivo, LMFB). En la Comunidad de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero (en lo sucesivo, LMFM). En el País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero (en lo sucesivo, LMFPV). En Navarra: ORDEN FORAL 117/2012, de 27 de marzo (en lo sucesivo, OFMN).

⁷⁹ Sobre los requisitos de los mediadores para ejercer la mediación, vid. arts. 11 LM, 13 LMFA, 8 LMFAR, 18 LMFAs, 22 LMFB, 5 LMFC, 3 LMCat, 25 LMCant, 8 LMFLC, 11 LMFCM, 5 LMFG, 12 LMFM, 9 LMFPV, 25 y 26 LMFLV, 6.3 OFMN.

tonómico, excluye de la mediación todo caso que implique violencia familiar o de género. Similarmente ocurre en el caso de existencia de otros ilícitos penales en alguno de los progenitores⁸⁰.

57. c) Duración de la mediación. El Considerando 42 R. 2019/1111 limita la duración de la mediación al plazo previsto para resolver el procedimiento judicial acelerado, es decir, seis semanas por instancia⁸¹. Nuestra legislación es consecuente con esta exigencia, pues el plazo de suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a mediación, cuando se inicia con posterioridad al comienzo del proceso judicial de restitución, se limita a una duración máxima de seis semanas (art. 778 *quinquies*, apartado 12, párrafo segundo LEC)⁸², un plazo más breve que el de suspensión habitual por sesenta días del art. 19.4 LEC.

58. e) Lugar de celebración de la mediación. Se promueve el acuerdo de las partes para decidir el lugar (Art. 19.1.g) LM). Igualmente, el Considerando 53 R. 2019/1111, que insta a los órganos jurisdiccionales a emplear los medios telemáticos a su disposición si la inmediatez no es posible. A nivel estatal, la mediación telemática está contemplada en el art. 24.1 LM, condicionada a que se verifique la identidad de los sujetos llamados a mediar. También algunas autonomías contemplan expresamente el recurso a medios electrónicos⁸³.

59. f) Objeto de la mediación. El espectro de materias que pueden tratarse a través de la mediación es más amplio que el de la acción judicial de restitución. Como apunta P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “*el acuerdo puede ir más allá de la mera solución a la situación de secuestro: puede pretender dar una solución más o menos definitiva al fondo del litigio*”⁸⁴. Además, como hemos indicado, el R. 2019/1111 alienta a los Estados Miembros a permitir que los órganos jurisdiccionales que conocen de la restitución puedan en estos casos ostentar competencia en materia de responsabilidad parental para resolver el fondo del asunto (Considerando 43 *in fine*)⁸⁵.

60. g) Coste de la mediación. Nuestra legislación es coherente con las recomendaciones de la Conferencia de la Haya acerca de procurar información sobre los costes de la mediación⁸⁶. Así, los sujetos que plantean someterse a mediación tienen derecho a conocer, y por contraparte se exige que se

⁸⁰ En concreto, *vid.* arts. 31.i) LMFA 13.3 LMFAr, la DA única LMFA, el art. 5.4 LMCant, 2.1 LMFCCL, 14.4 LMFCM 6.1, 14.b) 30.a) y c) y 31.2 y 31.3.a) LMCat, 38.2.a) LMV, 4.4 LMFB, 5.4 LMFPV 2.4 OFMN. Asimismo, *vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Quinta parte – Mediación”, *op. cit.*, apdos. 261-267.

⁸¹ Dice el Considerando 42 R. 2019/1111: “(...) *El hecho de que se recurra a medios alternativos de resolución de litigios no debe considerarse en sí mismo una circunstancia excepcional que autorice que se rebase el plazo. Sin embargo, durante el recurso a este tipo de medios o como consecuencia de ellos pueden surgir circunstancias excepcionales. (...)*”.

⁸² F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, *op. cit.*, p. 232.

⁸³ *Vid.* arts. 8.2 LMFA, 8 LMCat, 10.2 LMV, 2.f) y g) LMFB. Al respecto de la mediación *online* y sus ventajas, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, pp. 144-145 y SOTO RODRÍGUEZ, M.L. “La mediación en la Sustracción Internacional de Menores en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, enero-junio 2018, pp. 149-170, en especial, pp. 164-166.

⁸⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Mediación y Sustracción Internacional de Menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA, y J.J. FORNER DELAYGUA (Dir.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 374. En el mismo sentido, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁵ Según puede extraerse del Considerando 43 R. 2019/1111: “(...) *Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben (...) considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución.*” Las decisiones sobre la patria potestad forman parte del ámbito material de la mediación familiar, como expresamente indican algunas de nuestras leyes autonómicas. *Vid.* arts. 1.2. d) LMFA, 5.2.b) y f) LMFAr, 3.a) LMFCM, 3. a)-c) LMFCCL, 2.1.e) LMCat, y 4.3.e) y g) LMFB.

⁸⁶ *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Quinta parte – Mediación”, *op. cit.*, apdos. 158-165.

los mediadores informen con carácter previo sobre sus honorarios⁸⁷, incurriendo en infracción en caso de cobro indebido o falta de información⁸⁸. También se contempla en la normativa autonómica la posibilidad de extender el beneficio de la asistencia jurídica gratuita⁸⁹. Algunas Comunidades Autónomas prevén en sus normativas programas de sesiones informativas o de mediación gratuitos⁹⁰.

61. A grandes rasgos, podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico es favorable al uso de la mediación desde el punto de vista técnico-jurídico, hasta el punto de que toma como mandatos internos las recomendaciones internacionales sobre el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos para los supuestos de sustracción internacional de menores en todos los parámetros estudiados. Sin embargo, a esa adecuación jurídica notablemente favorable, se le deberá acompañar una buena disposición de los progenitores a alcanzar acuerdos, lo cual es dificultoso por la agudización del enfrentamiento a consecuencia de la sustracción.

4.4. Sobre la posibilidad de que el menor sea oído durante el procedimiento de restitución

62. En puridad, el R. 2019/1111 aporta una novedad significativa en materia de audiencia del menor dentro del procedimiento de restitución de menores. Ya en el R. 2201/2003, el art. 11.2 establecía que “*En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez*”. La novedad es la extensión de la posibilidad de que el menor sea escuchado, atendiendo a su apacidad para formarse sus propios juicios, en todo proceso sobre la responsabilidad parental (art. 21 R. 2019/1111)⁹¹. A dicho precepto se remite el art. 26 R. 2019/1111 para garantizar que el menor será también escuchado en los procedimientos de restitución de menores.⁹²

63. La opinión del menor puede jugar un papel importante en la decisión sobre el retorno, por que puede implicar la posibilidad de denegarlo si el menor se opone a regresar al Estado de su residencia habitual (art. 13 párrafo segundo CH 80). Igualmente, la trascendencia de este derecho del menor a ser oído condiciona la libre circulación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las que deciden sobre el retorno del menor. Así, cabe la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones si el menor no ha tenido oportunidad de ser oído de acuerdo con su interés superior, salvo en los procedimientos que versen exclusivamente sobre los bienes del menor; o en caso

⁸⁷ Vid. arts. 19 LM, 4.f) y 16.a) LMFA, 12.2.b) y Exposición de motivos, apartado III. 7 LMFAs, 10.h) y 16.1 LMFAr, 8.b) y 13.e) LMFB, 6.2.g) y 10.3 LMFCCL, 22.e), 29 y 37.1 LMCant, 9 LMG, 9.c) LMFM, 15.5 LMFPV y 23.b), 28.b) 34 y 35.1.d) LMV. También muchas de estas leyes dejan constancia de que el coste, salvo pacto en contrario, se satisface por mitad o en la proporción que les corresponda, incluso si alguna de las partes goza de la gratuidad de la mediación (vid. arts. 15 LM, 27.2 LMFA, 26.2 LMFAs, 21 LMFC, 24.2 LMFCant, 10.1 LMFCM, 13.2 LMFCCL, 27.5 LMFCat, 9.2 LMG, 40 y 41.2 LMV).

⁸⁸ Vid. arts. 29.b) LMFA, 26.b) y 28.a) LMFAr, 28.e) LMFAs, 35.4.f) LMFCM, 48.d) LMCant, 19.d) LMFC, 23.h)-i) y 24.f)-g) LMFCCL, 30.g) LMCat, 23.e) LMG, 24.d) LMFM, 28. a) y 29. n) LMFPV y 43.2.1.a), 43.2.2.a), 44.2.3.d) y 44.2.3. d) y e) LMV.

⁸⁹ Vid. arts. 27 LMFA, 26 LMFAs, 24.1 LMFAr, 21 LMFC, 13 y 14 LMFCCL, 21 LMFC, 24 LMFCant, 27 LMCat, 41 LMV.

⁹⁰ Vid. al respecto arts. D.A.2ª. 2 LM, 6.1 y 9.c) LMFB, 10.2 LMFCM, 20.f) y 27.3 LMCat y 4 LMFPV 1.2 OFMN.

⁹¹ El art. 21 R. 2019/1111 establece que “*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*”. Este precepto recuerda a otros Convenios que, de forma similar, recogen el mismo derecho, como el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (Instrumento de Ratificación publicado en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) o el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada en DOUE C núm. 202 de 7 de julio de 2016).

⁹² Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 298-299.

de que existan motivos fundados: en particular, por la urgencia del asunto⁹³ (art. 39.2 R. 2019/1111 y, por remisión, el art. 41 R. 2019/1111). Del mismo modo, es un motivo de revocación del certificado de las resoluciones privilegiadas dictadas en el marco del mecanismo de prevalencia del art. 29 R. 2019/1111 (art. 48.2 en relación con el art. 47.3.b) R. 2019/1111).

64. El art. 21 R. 2019/1111 queda complementado, además, con una serie de Considerandos de apoyo interpretativo, que definen las pautas que deben guiar este derecho de audiencia al menor (fundamentalmente, Considerandos 39, 53 y 57 R. 2019/1111)⁹⁴:

65. -La cuestión de quién ha de oír al menor y la manera en que debe hacerse depende de la legislación de cada Estado Miembro.

66. -La audiencia del menor ante el órgano jurisdiccional es un derecho, pero no debe comportar una obligación absoluta: debe evaluarse teniendo en cuenta el interés superior de aquél.

67. -Cuando el órgano jurisdiccional valore que procede escuchar al menor, ha de poner a disposición todos los medios apropiados para conseguir que el menor pueda ser efectivamente escuchado: ya sean los previstos en la legislación nacional o los contemplados en los instrumentos de cooperación judicial internacional.

68. -Cuando el menor no pueda ser oído en persona, siempre que se disponga de los medios necesarios, se podrá considerar el empleo de videoconferencia o TICs. Ello salvo que, según las circunstancias particulares, su uso sea inadecuado para el correcto desarrollo del proceso.

69. -No constituye causa de denegación del reconocimiento de las resoluciones el hecho de que el Estado de origen utilice para oír al menor un método distinto del que emplearían las autoridades del Estado requerido.

70. Gran parte de las premisas sobre la posibilidad del menor a ser escuchado encuentran hoy en día reflejo en nuestra legislación interna:

71. a) *Sobre el momento procesal para escuchar al menor:* Nuestro ordenamiento es más flexible sobre la oportunidad de escuchar al menor, toda vez que el art. 11.2 R. 2201/2003 se limita a conceder esa posibilidad en caso de aplicar las causas de denegación de los arts. 12 y 13 CH 80. Sin embargo, el órgano jurisdiccional español debe escuchar al menor, si las circunstancias lo aconsejan, tanto si se decide restituir al menor como si no (art. 778 quinquies. 8 LEC). Dicho precepto establece que el menor podrá ser escuchado en cualquier momento.

72. b) *En cuanto a los sujetos que recaban la opinión del menor:* Si bien el art. 778 quinquies. 8 LEC habla de la audiencia ante el juez, igualmente la relativiza cuando “no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada”. Ello no implica que no puedan utilizarse otros medios. Se prevé también el auxilio de terceros y especialistas para la exploración del menor, a quienes el art. 9.1 y 2 LOPJM concreta en: representantes del menor, para el caso en que no puedan comparecer por sí mismos, bien sean los legales –salvo conflicto de interés- o personas de confianza; profesionales capacitados para evaluar la madurez del menor, e intérpretes.

73. c) *En cuanto a los medios para recabar la opinión del menor:* La legislación también prevé

⁹³ El Considerando 57 R. 2019/1111, aclara que “*Tales motivos fundados podrían darse, por ejemplo, en caso de que existiera un peligro inminente para la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro*”.

⁹⁴ Estos considerandos recogen en gran medida la doctrina sobre la posibilidad de escuchar al menor sentada en la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, as. C- 491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828.

la posibilidad de utilizar medios telemáticos, como la videoconferencia (art. 778 *quinquies*. 8 LEC, párrafo segundo). En cuanto la forma de expresión, el art. 9.2 LOPJM permite tanto la expresión verbal como no verbal, y por lo que respecta a la captación de sus declaraciones, la Fiscalía General del Estado ha recomendado la grabación o la transcripción de las declaraciones del menor “*a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales*”⁹⁵.

74. d) *Criterios de valoración de la opinión del menor*: se indica que la madurez se ha de valorar según su “*desarrollo evolutivo*” y “*su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto*” y se presume, además, que el menor tiene madurez suficiente a los 12 años (9.2 LOPJM). Además, la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores añade como criterio para valorar las opiniones del menor la argumentación ofrecida por éste, entre otras razones, porque puede evidenciar que está siendo manipulado por alguno de los progenitores⁹⁶.

4.5. Medidas cautelares⁹⁷

75. Entre las mejoras del proceso de restitución de menores introducidas por el R. 2019/1111, merece también una especial mención la facultad de los órganos jurisdiccionales competentes para decidir el retorno de dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares. Esto se plantea para dos momentos procesales concretos.

76. En primer lugar, durante el proceso de restitución (art. 27.2 R. 2019/1111): “*En cualquier fase del procedimiento, de conformidad con el artículo 15, el órgano jurisdiccional podrá examinar si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita su restitución, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”. Una previsión nada extraña para nuestro ordenamiento, que ya contempla esta posibilidad en el art. 778 *quáter*. 8 LEC, cuyo párrafo segundo indica que el órgano jurisdiccional “*podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor*. Como se apunta al final del artículo, la garantía del contacto entre el menor y el progenitor que solicita el custodia puede no ser conveniente, y por ello, el legislador contempla la medida antagónica en el art. 158.5º CC, a saber, la “*prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad*”. Esta medida es aplicable a la retención de un menor en España por remisión del art. 778 *quáter*. 8 LEC de forma genérica al catálogo de medidas del art. 158 CC.⁹⁸

77. En segundo lugar, una vez dictada la decisión sobre el retorno del menor (art. 27.5 R.

⁹⁵ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00006>, p. 77.

⁹⁶ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *op. cit.*, pp. 39-40. Los tribunales españoles parecen conscientes del riesgo de que la opinión del menor pueda resultar capciosa por influencia del progenitor que los traslada o retiene de forma ilícita. La jurisprudencia menor nos permite encontrar algunos supuestos donde las Audiencias Provinciales detectan visos de manipulación en la declaración de los menores. *Vid.*, por ejemplo, SAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 205/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2563); SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) núm. 218/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:312); SAP Madrid (Sección 22ª) núm. 354/2018, de 27 de abril (ECLI:ES:APM:2018:6348).

⁹⁷ En este epígrafe, se reproducen de manera muy sintética las conclusiones principales de una anterior publicación nuestra en esta revista. Por ello, para un desarrollo más amplio sobre el tema, *vid.* 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*, Vol. 13, núm. 1 (marzo 2021), pp. 87-109; así como a la bibliografía citada en dicho artículo.

⁹⁸ *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 299-300.

2019/1111): “Cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución.” Estas medidas cautelares pueden beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución (supresión del exequátur incluido) gracias a que se consideran introducidas dentro del concepto de resolución a efectos de aplicar el Capítulo IV sobre eficacia extraterritorial de resoluciones (art. 2.1.b) y Considerandos 30, 46 y 59 R. 2019/1111).⁹⁹ Sobre la previsión y eventual acogida en España de esta especialidad procesal, debemos hacer algunas precisiones. En primer lugar, el sistema de medidas cautelares en los procesos de restitución parte de la idea de que dichas medidas se dictarán a lo largo de todo el proceso (art. 778 *quáter.* 8 LEC). En este sentido, parece evidenciarse que el horizonte temporal sobre el que proceden las medidas cautelares va desde la demanda de restitución del menor hasta el dictamen de la sentencia sobre el retorno¹⁰⁰. Nuestra LEC no plantea ni excluye la posibilidad de que se puedan dictar medidas cautelares, una vez dictada la sentencia. De hecho, cuando el propio art. 778 *quinquies.* 9 LEC menciona que la sentencia sobre el retorno del menor se dictará “teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso”, nos parece que deja bagaje suficiente para que estas medidas puedan dictarse, en observancia (además imperativa) de las reglas del R. 2019/1111.

78. Ambos preceptos se remiten al art. 15 R. 2019/1111, que es marco regulatorio nuclear de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en materia de responsabilidad parental. Por lo tanto, es de recibo observar los requisitos que este artículo plantea para poder dictar las medidas cautelares correspondientes en el seno de un proceso de restitución de menores. Se parte, por supuesto, de que el órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre la sustracción no lo es para conocer de las cuestiones en materia de responsabilidad parental, en tanto no se decida sobre la devolución del menor (art. 16 CH 80, en conexión con el art. 9 R. 2019/1111).

79. En primer lugar, se menciona el requisito de la urgencia en su adopción. Dicho requisito debe valorarse, como ha tenido ocasión de expresar el TJUE, de acuerdo con la situación del menor, su evolución, la eficacia o la imposibilidad de accionar ante el tribunal competente sobre el fondo del asunto.¹⁰¹ En el contexto concreto de la sustracción internacional de menores, esta urgencia se identifica en el R. 2019/1111 con el grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable para el menor en el Estado de su residencia habitual (Considerandos 46 y 79, junto al art. 27.5 R. 2019/1111). Del mismo modo, a la hora de aplicar nuestro procedimiento interno, recogido en la LEC, se parte precisamente del supuesto en el que España es un Estado requerido para devolver a un menor ilícitamente trasladado o retenido en nuestro país (art. 778 *quáter.* 1 LEC).

⁹⁹ El R. 2019/1111 aporta además varias importantes consideraciones sobre las medidas cautelares que acompañan a la resolución sobre la restitución del menor. Entre ellas, primero, no se comprenden dentro del concepto de *resolución* las medidas “ordenadas (...) sin que el demandado haya sido citado a comparecer, a menos que la resolución que contenga la medida haya sido notificada al demandado antes de la ejecución.” (art. 2.1 R. 2019/1111). Segundo, citando el Considerando 46 R. 2019/1111: “Estas medidas provisionales y su circulación no deben retrasar el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ni afectar a la delimitación de las competencias respectivas del órgano jurisdiccional al que se haya sometido el procedimiento de restitución con arreglo a dicho Convenio y del órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de la responsabilidad parental con arreglo al presente Reglamento.” Tercero, se establece un deber de comunicación bien a través de las Autoridades Centrales o las redes de cooperación judicial existentes (art. 15.2 y Considerandos 46 y 79 R. 2019/1111). Cuarto, no cabe la ejecución parcial de la sentencia que ordene la restitución del menor sin acompañarla de las medidas cautelares que en su caso se dicten, ex art. 27.5 R. 2019/1111 (art. 53.3 R. 2019/1111). *Vid.* también M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 301-303.

¹⁰⁰ Téngase en cuenta que, de conformidad con el art. 206.1.3ª LEC, la sentencia se dicta para poner fin al proceso en la instancia correspondiente.

¹⁰¹ *Vid.* STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A* (ECLI:EU:C:2009:225), p. 60; STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (ECLI:EU:C:2009:810), p. 42 y STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker* (ECLI:EU:C:2010:437), p. 94.

80. Se requiere, igualmente, la presencia del menor¹⁰² o de sus bienes en el Estado Miembro donde se pretendan dictar las medidas cautelares: es decir, una coincidencia espacial entre el sujeto y los bienes y la autoridad llamada a dictar la medida. En caso de sustracción internacional de menores, donde la competencia de las autoridades del Estado requerido se basa en el hecho de que el menor está ilícitamente retenido en su jurisdicción, este requisito no plantea especial problemática. Igualmente, en nuestra legislación interna, el condicionante de la urgencia se podría identificar con el denominado “*periculum in mora*” (728.1 LEC), esto es, el riesgo que comporta no adoptar la medida de forma urgente¹⁰³.

81. Por último, se alude a la provisionalidad de la medida. La medida provisional o cautelar dictada por los jueces o tribunales no competentes en cuanto al fondo se mantendrá vigente hasta que las autoridades que sí lo son se pronuncien al respecto, ordenando sus propias medidas (art. 15 R. 2019/1111). La provisionalidad también se contempla como una característica esencial de estas medidas: desde el régimen general, el art. 726.2 LEC se refiere expresamente a ello y, además, siendo más específico que la norma europea, pues se permite que, durante el procedimiento, se puedan modificar, modular o incluso dejar sin efecto las medidas cautelares (art. 743 LEC). Es decir, nuestra legislación nacional permite suspender una medida cautelar bajo la mera evidencia de la desaparición del riesgo que la motiva, sin necesidad de esperar a que el órgano competente sobre el derecho de custodia dicte alguna medida.

82. En cuanto al tipo de medidas a adoptar, el Reglamento se remite al Derecho de los Estados Miembros para especificarlas (art. 15.1 R. 2019/1111), si bien en el Considerando 46 sugiere algunas de cara a la aplicación del art. 27.5 R. 2019/1111, como “*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*”. Desde el art. 778 *quáter*. 8 LEC, se habilita al Juez, igualmente para adoptar una serie de medidas cautelares en el marco del art. 773 LEC y del art. 158 CC. En especial, este último artículo, el 158 CC porque su texto recoge, entre otras, algunas medidas cautelares que buscan evitar el riesgo de que la sustracción internacional de menores llegue a producirse. Lo cual evidencia del legislador español su voluntad de anticiparse, más que de remediar tan complejo fenómeno. En el ordinal tercero, se mencionan tres: “*a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido*¹⁰⁴. *c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*”¹⁰⁵.

¹⁰² El nuevo Reglamento ha cambiado, respecto al anterior, la genérica denominación de “personas” por la de “menor”, lo cual soluciona, en opinión de E. RODRÍGUEZ PINEAU, el criticado razonamiento del TJUE que consideraba, respecto de una medida de custodia provisional, que tanto el menor como sus progenitores debían estar presentes en el Estado Miembro donde esa medida fuera a dictarse (STJUE de 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09 PPU, *Dežićek*, par. 50-52). Vid. 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. 69/1, enero-junio 2017, p. 162. Vid. también P. JIMÉNEZ BLANCO, “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, Núm. 7601, Sección Tribuna, 31 de marzo de 2011, Año XXXII, p. 8, y T. KRUGER Y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 148-149.

¹⁰³ Vid. S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: Wolters Kluwer, 2015, p. 89 e I. PRETELLI, “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 20 (2018/2019), pp. 128-129.

¹⁰⁴ En concreto, sobre la expedición del pasaporte, contamos igualmente con el *Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características* (BOE núm. 154, de 25 de junio de 2014). Este Real Decreto modificó el art. 4.2 de dicho Real Decreto 896/2003, exigiendo a partir de la reforma que quienes ostentaren patria potestad sobre el menor deban prestar su consentimiento ante el funcionario competente para la expedición de un pasaporte al menor, acreditando documentalmente su identidad y la relación de parentesco o tutela. Además, deben corroborar que el ejercicio de la patria potestad no se encuentra limitado, y en caso de estarlo, que se ha suplido con autorización judicial.

¹⁰⁵ Para algunos estudios sobre las medidas cautelares del art. 158 CC, Vid. M^a.A. MARTÍN HUERTAS, “El Convenio de la Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores”, en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, op. cit., pp. 95-129; o más recientemente, el trabajo de M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas”. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2021, N.º 14, pp. 68-95.

4.6. Ejecución provisional de las sentencias

83. Procesalmente, existe un conflicto entre dos intereses jurídicos necesitados de un equilibrio. Por una parte, como sabemos, el interés superior del menor exige que las decisiones y medidas para devolver al menor a su entorno habitual se realicen con la menor demora posible, ya que el tiempo juega en contra con la pérdida de lazos afectivos y familiares en el Estado de origen y la progresiva integración en el Estado de retención. Una actuación excesivamente lenta de las autoridades competentes podría comportar que se legitimen sustracciones ilícitas por el mero paso del tiempo. Sin embargo, también se necesita que las resoluciones judiciales sean lo suficientemente sólidas, en el sentido de una buena fundamentación, como para evitar que, en instancias posteriores, las iniciales concesiones al retorno del menor queden desplazadas por resoluciones que terminen revocando la decisión de retorno en primera instancia.

84. El nuevo Reglamento propone, como forma de conjugar la rapidez en la restitución con el riesgo de desacierto en las resoluciones que ordenen la restitución, la posibilidad de solicitar su ejecución provisional hasta que se decida firmemente la cuestión, conforme al art. 27.6 R. 2019/1111. Esta posibilidad se hace igualmente extensiva a las resoluciones que deciden sobre los derechos de visita, como expresamente disponen los arts. 34.2 y 45.2.a) R. 2019/1111.

85. El Reglamento plantea la disposición como una “posibilidad” y, además, revestida de carácter excepcional. En efecto, su aplicación debe valorarse conforme al interés superior del menor (Considerando 47 R. 2019/1111) y también según las exigencias de urgencia que requieran una rápida restitución (Considerando 66 R. 2019/1111). Con todo, también es posible que lo idóneo sea suspender la ejecución de la resolución, en especial cuando la impugnación de la eficacia de las resoluciones obedezca a la concurrencia de causas de denegación de la ejecución o de revocación de los certificados relativos a las resoluciones privilegiadas, o cuando no haya transcurrido el plazo de recurso al efecto¹⁰⁶.

86. La ejecución provisional, como hemos dicho, descansa en la seguridad del juez de primera instancia en que sus resoluciones no serán revocadas en apelación. Se trata de una seguridad moderadamente razonable si atendemos a las estadísticas sobre apelaciones de resoluciones que deciden sobre el retorno de los menores. Según N. LOWE, N. Y V. STEPHENS, tomando datos relativos a 2015, tanto para Estados parte como no parte del Reglamento, más de la mitad de las resoluciones dictadas en primera instancia son confirmadas en apelación, tendencia que se observa especialmente cuando la decisión consiste en devolver al menor a su Estado de residencia habitual¹⁰⁷.

87. Por lo que respecta a España, se da la particularidad de que la ejecución provisional de resoluciones que ordenen la restitución del menor está expresamente excluida, según el art. 525.1.1ª LEC. Según F.J. FORCADA MIRANDA, la política legislativa procesal española había consistido más bien en una apuesta por disminuir los plazos del recurso de apelación, en la configuración dada por el art. 778 *quinquies*, 11 LEC, garantizando que la impugnación en segunda instancia se tramitara con la suficiente rapidez como para no tener que recurrir a la ejecución provisional¹⁰⁸.

88. Lo cierto es que la iniciativa española resulta, pese a la contrariedad con la normativa europea, muy razonable. Por poco probable que resulte, la ejecución provisional conlleva el riesgo de que el menor sea trasladado en virtud de una resolución judicial que posteriormente, si es revocada, conlleva una nueva salida del menor del Estado de restitución, lo cual es desacertado porque no contribuye a la estabilidad del menor en un entorno concreto.

¹⁰⁶ Vid. Considerandos 67 y 68, así como los arts. 33, 44, 56, 57 y 63 del R. 2019/1111.

¹⁰⁷ N. LOWE, Y V. STEPHENS, *Part II — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Regional report*, op. cit., p. 9.

¹⁰⁸ 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*, op. cit., pp. 251-252.

89. Podemos citar el ejemplo de la STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, *C contra M*¹⁰⁹. En el supuesto, se trasladó a la menor de Francia a Irlanda en virtud de una resolución que provisionalmente daba derecho a instalarse en este último país, pero finalmente, la decisión es revocada por otra sentencia ocho meses después, que establece la residencia del menor en Francia, lo que comportaría devolverle al país de origen. El TJUE matizó que, cuando se revoca una resolución provisional de ese tipo, se ha de evaluar si el menor mantiene la residencia habitual en el Estado de origen. Si la mantiene y no se le devuelve, se produce una retención ilícita. Si no la mantiene, entonces se deniega la demanda de restitución. Aun así, indica que el hecho de que la resolución esté siendo ejecutada provisionalmente por encontrarse recurrida en apelación no es concluyente sobre un cambio de residencia habitual, pues no se sabe en ese momento cuál será la duración de la estancia del menor.

90. En cierto modo, cabe temer que la ejecución provisional es una declaración implícita de la imposibilidad de acelerar los procedimientos judiciales, por mucho que se impongan límites temporales al procedimiento en segunda instancia, porque, si los procedimientos fuesen verdaderamente expeditivos, la provisionalidad no sería necesaria. Prevista queda la regla, en todo caso, y está por verse qué tal funciona en la práctica.

4.7. Mecanismo de prevalencia

91. En la misma línea que el R. 2201/2003, el nuevo R. 2019/1111 mantiene el denominado por la doctrina “mecanismo de prevalencia” (en inglés, “*overriding mechanism*”). A través de éste, se podrá lograr que una resolución de fondo sobre el derecho de custodia, dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención, pueda superponerse a otra decisión denegatoria del retorno del menor, dictada por las autoridades del Estado Miembro donde el menor se encuentra retenido.

92. Las modificaciones importantes que experimenta el régimen jurídico del mecanismo de prevalencia en el nuevo art. 29 R. 2019/1111 son, las siguientes:

93. - En primer lugar, se aclaran cuáles son las causas de denegación que permiten invocar este mecanismo: el art. 11.6 R. 2201/2003 hablaba simplemente del art. 13 CH 80, pero ahora se especifica que este mecanismo sólo es posible invocarlo ante denegaciones fundadas en el grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable (art. 13, párrafo primero, b) CH 80), o en los supuestos de negativa del menor a regresar al Estado de la residencia habitual anterior al traslado o retención (art. 13, párrafo segundo).¹¹⁰

94. - El Reglamento prevé la expedición de oficio de un certificado (recogido en su Anexo I), bien en la lengua de la resolución o en cualquier otra lengua oficial de la UE (Art. 29.2 R. 2019/1111). La finalidad de este nuevo certificado es informar sobre la posibilidad de plantear una demanda sobre el fondo del asunto una vez se deniega la restitución, o de informar al órgano jurisdiccional en caso de que ya se haya planteado demanda (Considerando 49 R. 2019/1111). Este certificado aporta datos sobre la identidad de las partes, del menor que no ha de ser restituido, del órgano jurisdiccional que dicta la resolución, de la causa de denegación invocada y sobre el aporte de documental relativo a la vista, entre otros documentos pertinentes. Se hace constar también si existe un proceso pendiente sobre la custodia, y si se han adoptado medidas para garantizar el contacto con el menor.

¹⁰⁹ ECLI:EU:C:2014:2268. En especial, apdos. 20, 22, 23, 55 y 69.

¹¹⁰ Vid. S. COURNELOUP Y T. KRUGER, “Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé* 2020/2, N°. 2, pp. 223-224 ; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, p. 306.

95. A estas novedades se añade una cuestión importante en materia de reconocimiento y ejecución. Se trata de la posibilidad de revocación del certificado expedido a efectos de posibilitar que se ejecuten las resoluciones privilegiadas en materia de derecho de custodia (art. 48.2 R. 2019/1111). La competencia para ello recae en el Estado de origen, si aprecia que fue expedido de manera indebida conforme a los requisitos de expedición del certificado recogidos en el art. 47 R. 2019/1111. El órgano jurisdiccional emitirá un certificado declarando la falta de fuerza ejecutiva (art. 49 R. 2019/1111). También se añade, a través del art. 56.4 R. 2019/1111, dentro de las disposiciones comunes a la ejecución, la posibilidad de suspenderla debido a circunstancias sobrevenidas que expongan al menor a un grave riesgo de peligro físico o psíquico con posterioridad al dictamen de la resolución.¹¹¹

96. Nuestra LEC complementa al mecanismo de prevalencia realizando concreciones sobre los cauces internos a través de los cuales se deben realizar algunos de los trámites procesales. Se encuentran en la Disposición Final 22ª, llamada aún hoy a la interacción con el R. 2201/2003, y que se reformará cuando empiece a aplicarse el R. 2019/1111:

97. -Se estipula, por ejemplo, el empleo de la providencia para emitir las certificaciones del anexo IV del R. 2201/2003 relativo a la resolución sobre la custodia dictada con posterioridad a un pronunciamiento denegatorio de restitución (D.F. 22ª, apartado 2 LEC).

98. -La denegación del certificado adopta la forma de auto para denegarla, y es susceptible de recurso de revisión (D.F. 22ª, apartado 5 LEC).

99. -También se concreta el procedimiento para rectificar los errores de esa certificación: “*se resolverá de la forma establecida en los tres primeros apartados del artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*” (D.F. 22ª, apartado 4 LEC).

100. -Se recoge cuáles son los documentos que transmitir en caso de denegación de la restitución, en respuesta al art. 11.6 R. 2201/2003: “*incluirá una copia de la resolución judicial de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, y una copia de la grabación original del acta de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, así como de aquellos documentos que el órgano jurisdiccional estime oportuno adjuntar en cada caso como acreditativos del cumplimiento de las exigencias de los artículos 10 y 11 del Reglamento*” (D.F. 22ª, apartado 6 LEC),

101. -Y, finalmente, se concreta la competencia y el procedimiento para conocer de la reclamación posterior a la denegación de la restitución: el cauce procesal será el de un procedimiento sobre la guarda y custodia de menores, pero la competencia judicial interna se determina con arreglo a las reglas del proceso de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional (D.F. 22ª, apartado 7 LEC).

102. Es previsible que, llegado el momento de aplicar el nuevo R. 2019/1111, se deban realizar algunas adaptaciones, más allá de la mera actualización en la redacción de los preceptos ya vigentes. Al menos, hay dos consideraciones que deben hacerse de cara a ajustar las normas internas procesales destinadas al mecanismo de prevalencia:

¹¹¹ 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 la sustracción internacional de menores (versión refundida), *op. cit.* 2, pp. 250-251. Con anterioridad a la Reforma del Reglamento, la posición del TJUE había sido contraria a que las autoridades del Estado de ejecución pudieran suspender la ejecución de una resolución sobre la custodia certificada alegando un grave riesgo para el menor por un cambio sobrevenido de las circunstancias. Ello sería una cuestión para valorar por las autoridades del Estado de origen de la resolución a ejecutar. Vid. STJUE de 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400, par. 84, apdo. 4).

103. -En primer lugar, se deberá prever qué documento procesal será el que permita ventilar la expedición del nuevo certificado recogido en el Anexo I del nuevo R. 2019/1111. También habrá que concretar cuál es el tipo de resolución que declare la falta de fuerza ejecutiva de un certificado expedido respecto a una resolución de custodia (Anexo VII del R. 2019/1111). Posiblemente se pueda seguir utilizando la providencia, como ocurre con otros certificados.

104. -En segundo lugar, habremos de plantearnos cuál es el cauce procesal por el cual deberá realizarse la revocación del certificado expedido en relación con la resolución sobre la custodia dictada al amparo del mecanismo de prevalencia. El art. 48.3 R. 2019/1111 deja la cuestión al Derecho interno de los Estados miembros. Por el momento la Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene silencio sobre la cuestión. La autora M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ afirma que lo previsible es que esta revocación se articule mediante el recurso de reposición¹¹², regulado en el art. 451 y ss. LEC.

5. Conclusiones

105. Desde el 1 de agosto del presente año, el R. 2019/1111 ha comenzado a desplegar sus efectos en los procedimientos sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores que inicien desde esa fecha en adelante. De este modo, los Estados Miembros disfrutarán de un régimen mejorado respecto del anterior, que solventa muchas de las dudas interpretativas suscitadas en la práctica y en la jurisprudencia.

106. La complementariedad entre el nuevo Reglamento y el CH 80, en nuestro país, también se verá acompañada del procedimiento recogido en nuestra LEC desde el año 2015. Y hemos de destacar que, con independencia de que exista necesidad de puesta a punto y desarrollo de reglas hasta ahora no previstas, el legislador español se anticipa a muchas de las medidas que el R. 2019/1111 establece como novedades.

107. En la medida en que existe un paralelismo entre las normas procesales nacionales y las normas comunitarias en el proceso de restitución de menores, dos son las ventajas notables: primero, se podrá reciclar la experiencia de los operadores jurídicos que ya venían trabajando desde más de media década con el procedimiento reformado de nuestra LEC; en segundo lugar, desde el punto de vista de las relaciones entre Estados Miembros, se garantiza una coordinación en el régimen procesal, que permitirá contribuir a la confianza mutua entre los ordenamientos de los Estados Miembros.

108. Aun con todo, las conclusiones de nuestro estudio deben ser tomadas desde un punto de vista prudente. Nuestro propósito ha sido evaluar sobre el texto del R. 2019/1111 y las normas españolas las necesidades de adaptación de las normas internas a las internacionales. Cosa distinta será la práctica, y para concluir en el acierto o no de las nuevas medidas, podremos hipotetizar, pero sólo una vez puesto en marcha el nuevo Reglamento, se podrá evidenciar qué ha mejorado y qué está por mejorar.

¹¹² Vid. M^a. A., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La reforma del Reglamento (CE) n° 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. 780, nota 53.

El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y de 1996

The Regulation (CE) 2019/1111: Main novelties and the interaction with the Hague Convention of 1980 and 1996

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

*Prof. Contratada Doctora Derecho Internacional Privado
Universidad de Alcalá*

ORCID ID: 0000-0002-5488-9103

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7250

Resumen: El presente trabajo se centra en el análisis de las principales novedades del Reglamento 2019/1111 (RBII ter) en relación con el Reglamento 2201/2003 (RBII bis) y la relación existente con los otros dos Convenios de la Conferencia de la Haya, el de 1980 y el de 1996. Para ello, se explica el ámbito de eficacia material, centrándose en las nociones de guarda y custodia y la responsabilidad parental en los diferentes instrumentos. Además, al hilo de la introducción de nuevos criterios de competencia en el RBII ter se respecto del CH 1996, se explica la relación existente con el Reglamento y, la posibilidad de elección de un foro de terceros Estados como preceptúa el art. 97 del RBII ter. Respecto del CH de 1980 se analiza la incorporación y la puesta en marcha de los instrumentos de cooperación de autoridades y la disposición del art. 96 del RBII ter. Para finalizar, se reflexiona sobre los avances en este ámbito y, el recurso a la mediación cuando se ha producido una sustracción ilícita de menores.

Palabras clave: Bruselas II ter; Convenio de la Haya de 1980 y 1996; criterios de competencia; sustracción ilícita de menores; responsabilidad parental.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the main developments of Regulation 2019/1111 (RBII ter) in relation to Regulation 2201/2003 (RBII bis) and the existing relationship with the other two Conventions of the Hague Conference, the of 1980 and that of 1996. To do this, the scope of material effectiveness is explained, focusing on the notions of custody and parental responsibility in the different instruments. In addition, in line with the introduction of new jurisdiction criteria in the RBII ter se with respect to the CH 1996, the existing relationship with the Regulation is explained, as well as the possibility of choosing a forum of third States as stipulated in art. 97 of the RBII ter. Regarding the CH of 1980, the incorporation and implementation of the cooperation instruments of authorities and the provision of art. 96 of the RBII ter. Finally, we reflect on the advances in this area and the use of mediation when there has been an abduction of child.

Keywords: Brussels II ter; Hague Conventions 1980 and 1996; jurisdiction criteria; child abduction; parental responsibility.

* 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, cuyas investigadoras principales son la Dra. M. Guzmán Zapater y la Dra. M. Herránz Ballesteros.

Sumario: I. Introducción. II. Ampliación de las materias objeto de regulación. III. Noción de responsabilidad parental y supuestos de infracción. IV. Ámbito de aplicación y funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980 y 1996: 1. Infracción de los derechos de guarda y custodia en ambos instrumentos. 2. Competencia de autoridades versus competencia judicial. V. Novedades en la articulación de los foros de competencia en el Reglamento 2019/111: 1. Alcance de la autonomía de la voluntad. 2. La referencia a métodos alternativos de solución de conflictos. VI. Soluciones previstas en el RBII ter: Los artículos 96 y 97. VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. El Reglamento (UE) 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial¹; responsabilidad parental y sustracción internacional de menores (RBII bis)² será sustituido en su totalidad el 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 (RBII ter) instrumento de similar, aunque no idéntico, ámbito de aplicación³. En particular en este estudio nos centraremos en las novedades introducidas por el RB II ter en el ámbito de la sustracción civil de menores y, su relación con los principales⁴ Convenios multilaterales que regulan esta cuestión, el Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁵ (en lo sucesivo CH 1980) y, el Convenio de la Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁶ (CH 1996).

2. Respecto del RBII ter, si bien es cierto, que en la práctica se han planteado algunas dudas interpretativas, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido solventado a lo largo de estos años, se ha cuestionado la necesidad de abordar una nueva reforma en este ámbito, que incorporara novedades tanto en cuestiones de carácter material, dado que esta nueva versión incluye la protección de menores, como en el ámbito de la determinación de la competencia judicial, aspectos también regulados en el Convenio de la Haya de 1996. En el Considerando tercero del RBII ter, la Comisión señala la necesidad de fortalecer los derechos de los menores, en particular se está refiriendo al derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales en los que es parte y, por otro lado, se propone mejorar la

¹ El RBII bis amplió el ámbito de eficacia material con respecto al RBII, dado que incluyó la sustracción civil de menores en el ámbito europeo e, incorporó por referencia los mecanismos de cooperación de autoridades centrales previstos en el Convenio de la Haya de 1980 en relación con, la retención y sustracción ilícita de menores en el ámbito familiar. Es precisamente en el ámbito de la ejecución de las decisiones relativas a derechos de visita y de retorno donde se han planteado ciertas problemáticas a lo largo de estos años de vigencia. *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003, *AEDIPr*, 2004, t. IV pp. 265 y ss. *Vid.* también P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley, Unión Europea*, n.º. 21, 2014, pp. 5-22.

² M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 243-276.

³ Los arts. 92, 93 y 103 del RBII ter, entraron en vigor el 22 de julio de 2019.

⁴ Existen otros Convenios de carácter multilateral en el ámbito de la protección de menores y los traslados ilícitos como el Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 1987. También, el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984. Este Convenio establece un mecanismo de cooperación de autoridades centrales para garantizar el cumplimiento de los derechos de custodia y visita en casos de traslados ilícitos y facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones en este ámbito. Tanto en relación con el CH 1961 como al Convenio europeo, el RBII ter dedica el art. 95, para indicar que en las relaciones entre Estados miembros primará el Reglamento frente a estos Convenios, en las materias objeto de regulación por el Reglamento. Y de carácter bilateral, España es parte del Convenio con el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997. *BOE* núm.150, de 24 de junio de 1997.

⁵ *BOE* núm. 202 de 24 de agosto de 1987.

⁶ *BOE* núm. 291 de 2 de diciembre 2010.

comunicación entre autoridades judiciales y administrativas, para evitar retrasos y dilaciones indebidas en los procedimientos y, el reforzamiento de la ejecutividad de medidas y resoluciones con carácter transfronterizo. El ámbito de estudio quedará delimitado a las transformaciones en los criterios de atribución de la competencia, en especial a la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la sustracción, tanto en el plano de la jurisdicción como respecto a otros métodos alternativos de solución de conflictos⁷ y, a la interacción con los otros instrumentos internacionales aplicables en el seno de la Conferencia de la Haya (CH 1980 y CH 1996).

II. Ampliación de las materias objeto de regulación

3. El legislador comunitario se fija como objetivo primordial con la reforma del Reglamento, aumentar la seguridad jurídica con una mayor eficiencia en este tipo de procesos. Para ello, el RBII ter extiende su ámbito de eficacia a los procedimientos y resoluciones judiciales en el orden civil⁸; los documentos públicos⁹ y acuerdos extrajudiciales¹⁰ tanto en materia de responsabilidad parental como de sustracción ilícita de menores e incluye las medidas de protección del menor¹¹, tanto vinculadas a un procedimiento de crisis matrimonial como a cualquier otro procedimiento (ej. en el ámbito sucesorio).

4. Respecto de estas medidas abarca las de carácter personal como las relacionadas con los bienes o patrimonio del menor (ej. designación de administrador, representación, etc.). Y, por lo que respecta a las medidas de protección el RBII ter extiende su regulación a cualquier tipo de acogimiento en un centro u hogar de acogida o, los de carácter educativo¹².

III. Noción de responsabilidad parental y supuestos de infracción

5. En cuanto a la calificación del término “responsabilidad parental”, el RBII ter la define de modo similar a su antecesor, comprendiendo ésta los derechos y obligaciones atribuidos a una persona física o jurídica (por resolución, por ministerio de la ley o, por un acuerdo con efectos jurídicos) sobre su persona o bienes, incluyendo los derechos de custodia y visita (ap. 7º art. 2). Respecto del contenido de los derechos de custodia y visita tampoco se plantean cambios respecto de la versión anterior. El RBII ter califica de manera autónoma estos derechos, a nuestro juicio, de una manera más precisa que el CH 80 y el CH 96, como abordaremos más adelante. En cuanto al derecho de custodia, comprende en todo caso,

⁷ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho*, Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2020, pp. 383-395.

⁸ Con relación a la noción de “resolución”, en el RBII ter se encuentran incluidas las órdenes o fallos procedentes de una decisión de un órgano jurisdiccional y también comprende las dictadas de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980 que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro. También abarca, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto o, aquellas otras complementarias a una orden de restitución, que tengan como objetivo evitar cualquier riesgo para el menor (psíquico o físico de conformidad con el art. 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980).

⁹ Incluye los documentos formalizados o registrados oficialmente por autoridad pública u, otra habilitada a tal efecto. Adicionalmente se dota de eficacia a los acuerdos firmados por las partes y registrados por una autoridad competente (administrativa, judicial, notarial).

¹⁰ En el Considerando decimocuarto del RBII ter, se precisa que comprende cualquier autoridad administrativa u otras autoridades como los notarios con competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No en vano el RBII ter garantiza la libre circulación de documentos públicos y acuerdos registrados por una autoridad competente, lo que incluye la obligación de comunicar por parte de los Estados miembros a la Comisión, conforme al art. 103, este tipo de autoridades.

¹¹ Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que en este mismo ámbito existe el Convenio de la Haya de 19 octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que ha sido ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. Este Convenio resultará de aplicación en las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado, pero en lo relativo a las relaciones entre Estados miembros, por lo que respecta a la determinación de la competencia y el reconocimiento de decisiones en su ámbito de eficacia, prevalecerá el RBII bis o RBII ter a partir de su entrada en vigor en julio de 2022.

¹² El RB II ter excluye los acogimientos preadoptivos, los realizados por un progenitor o por un pariente cercano.

los derechos y obligaciones derivados del cuidado del menor y, en particular el derecho de decidir sobre el lugar de residencia del menor. El segundo, habilita para trasladar a un menor a un lugar distinto del de su residencia habitual, durante un período de tiempo limitado. También define de manera autónoma el RBII ter la noción “custodia compartida” que implica que el otro titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia habitual del menor, sin el consentimiento del otro titular. A sensu contrario, conforme al RBII ter si se atribuye a una persona la custodia de modo exclusivo, entre otros derechos, podría trasladarse a otro Estado y fijar la residencia habitual de menor sin el consentimiento o autorización del otro progenitor, bastando una simple comunicación o información al respecto.

6. Por tanto, conforme a este Reglamento un titular de la responsabilidad parental al que se le ha atribuido un derecho de custodia en exclusiva sobre un menor, que se traslada a otro Estado sin el consentimiento o autorización del otro progenitor o, de otras personas que ostenten el derecho de visita, no configuraría un supuesto de traslado ilícito. No obstante, en procesos de crisis familiares cada vez resulta más habitual la atribución de la custodia compartida, en países de nuestro entorno. En este sentido, las legislaciones nacionales de los Estados miembros difieren, aunque en la mayoría se precisa el consentimiento del otro progenitor¹³ para los traslados de residencia, siendo excepcionales los países que no lo requieren¹⁴.

7. Del mismo modo que en el RBII bis, se distingue entre sustracción y retención ilícitas, pudiéndose tipificar diversas infracciones tanto por parte del titular custodio como del otro que ostenta el derecho de visita. En el supuesto de atribución de la custodia compartida cualquiera de los progenitores puede resultar infractor, tanto si se traslada a un lugar distinto donde el menor tiene su residencia habitual (sin autorización o consentimiento) del otro custodio; como en el supuesto de que el titular del derecho de visita, una vez finalizado el período para el que tenía autorización, retiene al menor impidiendo su regreso al país de su residencia habitual, con el objetivo de instar un procedimiento judicial relativo a la guarda y custodia del menor en un entorno más favorable¹⁵ que el de la residencia habitual del menor. No obstante, una de las novedades que más eficacia va a tener es la prescripción del RBII ter, en el sentido, de impedir la adquisición de una nueva residencia habitual del menor, si se parte de un desplazamiento o retención calificado como ilícito. En la práctica, va a conllevar que, aunque haya transcurrido más de un año (período de tiempo que se establece como límite al retorno en el CH 80) se pueda instar el retorno de menor, una vez localizado, al país de su residencia habitual. En la práctica son numerosos los casos en los que finalizado el período vacacional se retiene ilícitamente al menor. Todos estos supuestos se engloban en el RBII ter, de modo similar a como analizaremos a continuación en el CH 1996.

IV. Ámbito de aplicación y funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980 y 1996

8. El CH 1980 se caracteriza por la incorporación de una serie de mecanismos de cooperación de autoridades centrales/ jurisdiccionales y principios para la consecución material de determinados resul-

¹³ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 648 y ss.

¹⁴ Chipre, Finlandia, Letonia y Rumanía, con carácter general, permiten el cambio de residencia del menor por el progenitor que ostenta la custodia en exclusiva sin el consentimiento del otro progenitor. En Alemania y Austria se requiere únicamente informar al otro progenitor y, en Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, P. Bajos, Polonia, Portugal, Escocia, Irlanda, R. Checa y Suecia es obligatorio el consentimiento del otro progenitor. M. DEL C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vía prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 57.

¹⁵ 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*, Octubre (2020), Vol. 12, núm. 2, en especial pp. 277-279.

tados¹⁶. El objetivo principal es el retorno de los menores¹⁷ sustraídos o retenidos ilícitamente mediante la intervención de una Autoridad Central¹⁸ (o varias, en Estados Federales o con unidades territoriales autónomas –art.6 CH 1980) por parte de cada Estado firmante del Convenio. Se pretende garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en los Estados contratantes y velar por el respeto de los derechos de custodia y visita¹⁹, adoptando todas las medidas para el cumplimiento de la finalidad del Convenio²⁰.

9. El Convenio resulta de aplicación cuando un menor (hasta los 16 años) haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita²¹. El derecho de custodia incluye el derecho relativo al cuidado del menor y a decidir sobre su lugar de residencia. Por su parte el derecho de visita se define como el derecho a llevar al menor por un período de tiempo limitado a un lugar distinto al de su residencia habitual. El Convenio prevé tanto la restitución del menor en caso de traslado o retención ilícita como el respeto de los derechos de visita mediante la presentación de una demanda ante la Autoridad Central conforme al art. 21 que tenga como fin la organización o garantía del ejercicio efectivo del citado derecho²².

10. Aunque tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el Convenio de la Haya pertenece a los instrumentos convencionales de “cooperación de autoridades”, en los últimos tiempos se insiste en una conceptualización de “carácter mixto”, por cuanto combina las actuaciones llevadas a cabo por las Autoridades Centrales y prevé la participación de autoridades judiciales para garantizar el retorno inmediato del menor al lugar donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado²³.

11. Entre las funciones más destacables asignadas a las Autoridades Centrales se encuentra la localización de los menores para “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”, incluso la de tomar la iniciativa para incoar o promover la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objetivo de conseguir la restitución y posibilitar la regulación o, el ejercicio de manera efectiva del derecho de visita²⁴. No obstante, en este ámbito si no existe colaboración por parte de los progenitores resultará imposible que la restitución se puede llevar a cabo sin una ruptura total de las relaciones existentes y, sin que el menor sufra daños psicológicos, en particular me refiero al protocolo general articulado a estos efectos: una vez localizado el menor, agentes de la Policía se personarán en el domicilio del progenitor infractor y, el menor será llevado a las dependencias de un centro de protección de menores hasta que el otro progenitor se haga cargo del menor. En esta fase, sin

¹⁶ E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 101-114. *Vid.* También M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 7-37.

¹⁷ En el Convenio de la Haya de 1980, se establece un límite de 16 años (art.4).

¹⁸ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España”, *REDI*, 1993-I, pp. 64-79.

¹⁹ Una visión crítica de la aplicación del Convenio por parte de nuestros Tribunales podemos encontrar en C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitarios: 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, n.º 1, pp. 134-152.

²⁰ E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980”, *BIMJ*, n.º 1895, de 15 de marzo de 2000. Resulta especialmente destacable la utilidad y actualidad de este Informe en la aplicación del Convenio y, como en las reuniones periódicas que se han organizado en el seno de la Conferencia de la Haya y, en los encuentros de Jueces y Autoridades Centrales en diversos foros se siguen las recomendaciones y se adoptan las propuestas del Informe.

²¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

²² P.P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)” M.ª D. Adam Muñoz y S. García Cano (Dirs.) *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 33-50.

²⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional...*, *op. cit.* pp. 89-114. La autora analiza la práctica de los derechos de visita y aboga por una solución material de mediación a los conflictos familiares, como respuesta a la excesiva proliferación de normas en el ámbito institucional y convencional.

restar agilidad o inmediatez al procedimiento previsto, se ha venido considerando más adecuado que se explorasen otras vías alternativas de solución para evitar sumar más daños a los ya probablemente existentes. Además, la propia operatividad de Convenio de la Haya facilitaría la intervención de mediadores familiares como paso previo a la judicialización de las relaciones jurídicas familiares. En esta línea, el RBII ter, incorpora los mecanismos previstos en el Convenio y, prevé que en cualquier momento del procedimiento el órgano jurisdiccional competente deberá instar a las partes a acudir a la mediación. No obstante, sobre esta cuestión volveremos más adelante porque surgen nuevas incógnitas y problemas prácticos de aplicación.

12. Uno de los principales logros del procedimiento articulado en el CH 1980 es la agilidad e inmediatez en la adopción de medidas garantes de la restitución. En este sentido, se insta a las autoridades judiciales o administrativas a actuar con urgencia en estos procedimientos, de tal manera que una vez iniciado el procedimiento de restitución conforme al art. 8 del Convenio, si las citadas autoridades no adoptan una decisión en el plazo de seis semanas (plazo que como señalaremos a continuación en la práctica casi siempre se incumple), el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido, podrá exigir una declaración sobre las razones de la demora, que en su caso, deberá transmitir a la Autoridad Central del Estado requirente o al demandante²⁵. La rapidez en la adopción de medidas juega un papel clave para garantizar la restitución y la consecución de los objetivos del Convenio²⁶, dado que en este instrumento el plazo de referencia aproximado está limitado a un año con carácter general.

13. Avanzando más en esta cuestión, si en la fecha de iniciación del procedimiento, ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor, no hubiera transcurrido un año desde que el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente debe ordenar la restitución inmediata del menor, incluso si hubiera transcurrido más de un año, salvo en el caso de que quede demostrado que el menor se ha integrado en el nuevo entorno²⁷. Por tanto, si bien se tiene en cuenta donde tenía el menor su residencia habitual²⁸ antes del traslado o retención para considerarlo ilícito, todas las medidas tendentes a establecer el orden anterior se basan en la localización efectiva del menor. Aun en el supuesto de que hubiera transcurrido más de un año, en el Convenio se prescinde de utilizar la conexión residencia y, se alude a la “integración en el nuevo medio” para justificar la negativa a la

²⁵ C. GARCÍA REVUELTA, “Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El Papel de la Autoridad Central”. <http://www5.poderjudicial.es>. En cuanto a la representación y defensa, toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central española va a estar representada por los Abogados del Estado, no siendo necesario presentar un certificado que demuestre la carencia de recursos económicos. También está previsto que el solicitante contrate los servicios de asesoramiento y representación a través de un abogado particular, en este caso, la Autoridad Central declina toda la responsabilidad en relación con el cumplimiento de los objetivos del Convenio.

²⁶ Un ejemplo de una nefasta aplicación del Convenio de la Haya por los órdenes jurisdiccionales, a lo largo de estos años, lo encontramos en la Sentencia que en apelación llegó al TS (TS núm. 604/1998 Sala 1ª de 22 de junio de 1998). Las autoridades judiciales españolas tardaron más de 30 semanas en resolver una demanda de restitución, respecto de unos menores de 5 y 6 años, basada en una sustracción ilícita por parte del padre español. *Vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, “Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de la Haya de 1980”, *AC*, 1999-I, pp. 31-47.

²⁷ P. GONZÁLEZ VICENTE, “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 11, enero 2003, pp. 67-124.

²⁸ Los problemas surgen ante la numerosa casuística de supuestos. En ocasiones, existe un acuerdo de los progenitores en el traslado del menor durante un tiempo determinado que puede ser de uno o dos años, pues bien, aquí no existiría un traslado ilícito, pero si una posible retención ilícita si se incumple el plazo acordado. En este caso, sería el derecho del Estado de la residencia habitual inmediatamente antes de la retención el encargado de calificar como lícita o ilícita la retención. Entonces surge de nuevo la duda si el menor tiene su residencia habitual en el lugar al que ha sido trasladado, si ha pasado más de un año en el nuevo entorno. La determinación de la residencia habitual de los menores, al carecer los instrumentos aplicables de una calificación autónoma, viene siendo un tema recurrente en las disertaciones doctrinales. Si el menor es de corta edad, en la práctica resulta excepcional el retorno si han sido sustraídos por su madre, aunque a raíz de la STJUE en el caso “Mercredi” (, se han establecido una serie de pautas e indicios para determinar la residencia habitual que resultan más fácilmente perceptibles para la práctica judicial que en otros supuestos de edades intermedias. *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. ECLI:EU:C: 2010:829.

restitución²⁹. No obstante, estas cuestiones se clarifican si resulta de aplicación el RBII ter, puesto que impide que el menor pueda adquirir una nueva residencia habitual, si el traslado o retención se califican como “ilícitos”, con independencia de que haya transcurrido más de un año.

14. Por lo que respecta al CH 1996 (con más de 50 ratificaciones), tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el anterior, dado que abarca la competencia judicial, la ley aplicable, reconocimiento, ejecución de decisiones y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores. Por tanto, pueden plantearse problemas de aplicación entre este Convenio y el RBII ter porque coinciden en el ámbito de aplicación material, personal y espacial, es por lo que el art. 97 del RBII ter está dedicado a clarificar las relaciones entre ambos instrumentos. El CH 96 en su ámbito de aplicación material contempla el traslado o retención ilícito por infracción de un derecho de guarda atribuido, separada o conjuntamente, aunque la “infracción” difiere en alguna medida de la noción prevista en el RBII ter.

15. Con relación a la determinación de la competencia, en el CH 96 el criterio principal es el lugar de residencia del menor. No obstante, como señala M. Herranz Ballesteros³⁰ la mera presencia del menor en un Estado contratante es un criterio suficiente para adoptar medidas de protección respecto de los menores, del mismo modo que sucede en el RBII ter. Para determinar cuándo resulta de aplicación el citado Reglamento o el Convenio, hay que tener en cuenta que, si el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro parte también del Convenio, primará el RBII ter para la determinación de la competencia judicial, tanto en el ámbito de la protección de menores como de la sustracción (art. 97 del RBII ter que analizaremos en detalle más adelante). Si, por el contrario, el menor reside habitualmente en un tercer Estado parte del CH 96, la competencia se determinará conforme al Convenio³¹. Por último, si la residencia habitual del menor se encuentra en un tercer Estado no parte del Convenio, las autoridades de un Estado miembro se podrían declarar competente si las partes prorrogan la competencia a través de un acuerdo de elección de foro, en los términos que establece el art. 10 del RBII ter. La diferencia estriba en que la conexión principal³² del CH 96 es la “residencia habitual” que atiende a un criterio de proximidad y vinculado con el entorno del menor y el RBII ter desplaza este criterio por el de la elección de foro por las partes, incluso atribuye un papel preponderante a la resolución del conflicto a través de la figura de la mediación.

²⁹ Con el objetivo de solventar las dificultades prácticas del Convenio, en el seno de la Conferencia de la Haya se han venido organizando encuentros y seminarios periódicos para la mejora de los mecanismos del Convenio de la Haya a través de la cooperación judicial internacional y la cooperación entre Estados a través de sus Autoridades Centrales para contribuir a la protección internacional de los niños. En este sentido, se insiste en que debe promoverse la comunicación fluida y efectiva entre los Jueces y Autoridades Centrales (incluso se ha barajado la figura del Juez de enlace que actúe en cooperación y coordinación con las Autoridades Centrales). También se insta a los Jueces a distinguir claramente entre los procedimientos de restitución conforme al Convenio y el pronunciamiento en relación con los derechos de guarda y custodia. En este sentido, se reconoce que, en caso de sustracción de un menor, el mejor interés es regresar al lugar donde tenía su residencia habitual antes del traslado, para que sean las autoridades judiciales de la residencia habitual las encargadas de determinar los derechos de guarda y custodia y los derechos de visita. Además, se insta a los Estados Contratantes a resolver los casos con urgencia y, en todo caso, en el plazo de 6 semanas, explorando la vía de creación de procedimientos urgentes para estas cuestiones. *Vid.* “Conclusiones y Recomendaciones sobre el funcionamiento de los Convenios de la Haya sobre niñez y la protección transfronteriza de los niños en América Latina”. *The Hague Forum for Judicial Expertise*. www.hcch.net

³⁰ M. HERRANZ BALLESTEROS, “La protección internacional de menores”, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. M. Guzmán Zapater (Dir.), Tirant, lo Blanch, Valencia, 2021, p. 445.

³¹ En referencia al procedimiento de elaboración del CH 1996 y su coordinación con el RBII ter, encontramos una visión constructiva e integradora en 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, pp. 97-117.

³² El art. 10 del CH 96 establece un foro por conexidad para medidas de protección de los niños a favor de las autoridades competentes para conocer de una demanda de separación o divorcio, siempre que se cumpla el requisito de que al menos uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y ostente la responsabilidad parental y, que todas las partes con responsabilidad parental acepten dicha competencia y responda al interés superior del niño. Como puede observarse presenta ciertas similitudes con la elección de foro prevista en el RBII ter, aunque este último instrumento lo concibe de una manera más flexible, sin vincularlo única y exclusivamente al foro de la crisis matrimonial.

1. Infracción de los derechos de guarda y custodia en ambos instrumentos

16. El CH 1980 distingue entre derecho de custodia y derecho de visita, estableciendo que el traslado o retención se considera ilícito cuando se infringe un derecho de custodia que se ejerce de manera efectiva. Por lo tanto, técnicamente cabe la posibilidad de que el que ostenta el derecho de custodia pueda trasladarse a otro Estado sin el consentimiento del titular del derecho de visita y, no esté configurando un traslado ilícito. Del mismo modo, el titular del derecho de visita podría, por ejemplo, durante el período vacacional trasladarse a otro Estado y no estaría tipificando una infracción conforme al Convenio. De hecho, la Conferencia de la Haya en la Guía de las buenas prácticas³³, ha aclarado que el traslado o retención se deben considerar ilícitos cuando se infringen los derechos de custodia. En este caso un padre o madre que comparte o no tiene el derecho de custodia tiene la obligación de solicitar y obtener el consentimiento de la otra persona que posea derechos de custodia. En el caso de que no sea posible, se insta a obtener el permiso de un Tribunal antes de trasladarse a otro Estado con el niño o retenerlo en otro Estado. En cualquier caso, quedaría fuera del ámbito de aplicación del precepto, conforme a este Convenio, el que ejerce la custodia en exclusiva.

17. El CH 1996 establece que el traslado o retención se considera ilícito, cuando se infringe un derecho de guarda ejercido de manera efectiva. Dicho derecho de guarda podría ejercerse separada o conjuntamente. Pues bien, desde esta perspectiva el guardador tampoco configuraría una infracción si se desplaza sin consentimiento o autorización del otro guardador durante el período que ostenta la guarda. Habría que poner el acento en que dada la casuística se podrían configurar diversas problemáticas que escapan del ámbito de aplicación de estos Convenios y que sin llegar a configurar “traslados o retenciones ilícitas” impiden a los menores relacionarse adecuadamente con los titulares de los derechos de guarda y custodia.

18. El RBII ter clarifica estas cuestiones al determinar que los titulares de la responsabilidad parental no puedan decidir sobre el lugar de residencia del menor, trasladándose a otro Estado, sin el consentimiento de otro titular. En estos términos, el que ostenta la custodia sobre el menor podría perfectamente configurar, como mínimo, una infracción de traslado ilícito. Por lo que respecta a los “titulares de la responsabilidad parental” se concreta mucho más la noción que en el RBII bis, puesto que puede ostentar el derecho, cualquier persona, institución u organismo que tenga atribuida la responsabilidad parental sobre un menor.

2. Competencia de autoridades versus competencia judicial

19. El CH 1980 se articula en torno a la cooperación de autoridades centrales de los países parte, con el objetivo de localizar y procurar el retorno inmediato del menor al lugar dónde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado. Aunque está previsto que pueda intervenir un órgano jurisdiccional, el mecanismo fundamental es la búsqueda de una solución amigable entre las partes. Por su parte, el CH 1996, aparte de que su ámbito de eficacia material es más amplio, atribuye la competencia a autoridades judiciales o administrativas de la residencia habitual del menor para adoptar las medidas de protección respecto de su persona y bienes y, también en el caso de que se haya producido un desplazamiento o retención ilícito. El criterio utilizado es el de proximidad que decae si, con carácter excepcional, otra autoridad de un Estado contratante se encuentra “mejor situada” para apreciar las medidas de protección necesarias en atención al “interés superior del menor”. También establece un procedimiento de cooperación de autoridades centrales para el cumplimiento de las obligaciones que impone el Convenio y prevé el reconocimiento y ejecución en otro Estado parte de las medidas adoptadas por una autoridad judicial o administrativa.

³³ Hague Conference in Private International Law, *Convenio sobre sustracción de niños de 1980. Guía de Buenas Prácticas. Parte VI. Art. 13 (1)(b)*, 2021, p. 21.

20. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la naturaleza mixta de ambos Convenios, plantea dificultades la aplicación para los operadores jurídicos de uno u otro instrumento. Si además le sumamos que el RBII bis y RBII ter, tras su entrada en vigor, comparten ámbitos de aplicación y reglas de determinación de la competencia judicial y reconocimiento y ejecución con el CH 1996, la complejidad aumenta³⁴. Por lo que respecta al CH 1980, el RBII ter incorpora los mecanismos de cooperación de autoridades y prevé la aplicación de las disposiciones de los capítulos III y IV como complemento de aplicación del Convenio. De esta manera si se obtiene una resolución de restitución de un menor, con arreglo al Convenio en un Estado miembro, el reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro se realizará conforme a las reglas del RBII ter.

V. Novedades en la articulación de los foros de competencia en el RBII ter

21. Aunque la estructura y los tipos de foros previstos en el RBII ter, se asemejan a como estaban configurados en el RBII bis, tan sólo es una apariencia, porque si analizamos en profundidad el planteamiento, se produce un giro radical en esta refundición. El criterio de proximidad vinculado al orden jurisdiccional de la residencia habitual del menor, para resolver cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental y al desplazamiento o retención ilícito³⁵ y, en términos generales para cualquier medida de protección de los menores, no se configura, conforme al articulado del RBII ter (en los Considerandos se acentúa el carácter excepcional de otros foros distintos al de la residencia habitual), como un criterio principal y preponderante en su articulación.

22. En efecto en el RBII bis la competencia de un orden jurisdiccional de un Estado miembro se podía articular a título principal (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14) o, vinculada a un procedimiento en materia de nulidad, separación judicial y divorcio. En este último punto, si bien en el RBII bis expresamente se contemplaba en el art. 12, en esta nueva versión no sólo no se concreta, sino que desaparece, al menos en relación con la competencia de los órganos jurisdiccionales de Estados miembros, porque como analizaremos en relación al art. 97 del RBII ter, se podría elegir un foro de un tercer Estado para resolver cuestiones ligadas a la guarda y custodia de los menores, prorrogando la competencia hacia las autoridades competentes para resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, expresamente el RBII ter no articula un foro por atracción o conexión en estos casos.

23. A cambio, el legislador comunitario “en aras de la autonomía de la voluntad”, ofrece la posibilidad a las partes, en determinadas circunstancias cumpliendo una serie de condiciones, de elegir el foro (también en supuestos de sustracción o retención ilícita). En este sentido no encontraríamos obstáculos *a priori* para extender la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales que estén o hayan conocido de la demanda de separación judicial o divorcio, configurando, de este modo, una “*derogatio fori*” de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor. Lo que no queda suficientemente claro, es en qué momento se precisa la competencia por conexión/atracción o, por tener vínculos estrechos, de los órganos jurisdiccionales competentes respecto del divorcio. La incógnita sería si las autoridades judiciales que en su día dictaron una resolución judicial respecto del divorcio, incluso respecto de la atribución de las medidas sobre responsabilidad parental de ese menor, pueden seguir siendo competentes, a través de un acuerdo de elección de las partes, pasado un periodo de tiempo significativo.

³⁴ Una prueba de las dificultades de aplicación y de concreción de la residencia habitual puede verse en el asunto C-572/21 se ha planteado una petición de decisión prejudicial en el sentido de si conserva un Tribunal de un Estado miembro su competencia con arreglo al art. 8 ap. 1º del RBII bis, si el menor traslada durante la tramitación del procedimiento su residencia habitual de un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del CH 1996, curia.europa.eu.

³⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”. *REDI*, vol. 73/2, julio-diciembre, 2021, especialmente pp. 6-8. También *vid.* E. Rodríguez Pineau, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La ley Derecho de Familia*, n.º 26, 2020.

24. Como señalábamos, la competencia conforme al art. 7 del RBII ter, se atribuye a los órganos jurisdiccionales de la residencia del menor en el momento que se presenta el asunto, estableciéndose una cláusula para evitar el conflicto móvil, que admite excepciones, por ejemplo, atendiendo al cambio de residencia. A continuación, se prevén una serie de supuestos, que actúan como conexiones subsidiarias: En primer lugar, se plantea una *prorrogatio fori*, a favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situado³⁶ (art. 12 RBII ter y 15 del RBII bis) siempre que exista una “vinculación especial”, concepto jurídico que el propio instrumento concreta y, que fue objeto de interpretación por parte del TJUE³⁷. En segundo lugar, se contemplan dos supuestos específicos: el primero, cuando no se pueda determinar la residencia habitual del niño, que resultará competente el juez del Estado miembro en el que se encuentre el menor³⁸ (art. 11) y, en segundo lugar, si no se puede determinar la competencia en virtud del Reglamento, se podrá aplicar la legislación nacional para determinar ésta (art. 14). De este modo conforme a este artículo se introduce un foro residual que ha sido objeto de algunas críticas por entender que, por ejemplo, en el caso español el art. 22 de la LOPJ quáter d) debería resultar de aplicación, no de manera automática, sino cuando resultara un foro que presentara algún tipo de vinculación con el supuesto³⁹.

25. En este sentido, resulta imprescindible detenernos, aunque sea brevemente, en la conexión residencia habitual. En el RBII ter, tampoco se avanza en una calificación autónoma con relación a la noción residencia habitual del menor⁴⁰. El art. 8 establece una previsión, en términos similares al RBII bis, sobre el mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita⁴¹. En el supuesto de que el menor cambie de residencia, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, excepcionalmente, durante los tres meses siguientes al cambio para modificar una resolución sobre los derechos de visita dictada en dicho Estado miembro. Es preciso que la persona a la que se concedió el derecho de visita siga viviendo en el Estado de la anterior residencia habitual del menor. Lo anterior no se aplica si dicho titular acepta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia del menor.

26. Con relación a la noción de “nueva residencia” hay que tener en cuenta dos consideraciones: La primera, que el menor no adquiere una nueva residencia si no es de acuerdo con lo establecido en la ley y, en particular, siempre que el traslado no se califique como ilícito (el nuevo Reglamento lo define). Y, por otro lado, que esta previsión se configura de manera excepcional, supeditada a que el titular del derecho de visita no acepte la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia habitual del menor y, sometida a un plazo de caducidad de tres meses. En estos casos, el elemento

³⁶ Esta cuestión se regulaba en el art. 15 del RBII bis. *Vid.* al respecto, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JO As. 478/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452-461. *Vid.* también en relación con la apreciación del *forum non conveniens*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016, C-428/15: D”, *La Ley Unión Europea*, n.º 43, 30 diciembre 2016, pp. 2-4. Y del mismo autor una visión muy crítica sobre la falta de flexibilidad en la interpretación del TJUE respecto del “órgano jurisdiccional mejor situado”, *vid.* “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018), *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 31 enero de 2019, pp. 1-16. <https://laleydigital.laleynext.es>.

³⁷ *Vid.* STJUE (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 2014, Caso L contra M. TJCE/2014/441. www.aranzadidigital.es.

³⁸ Este criterio también se aplicará en el caso de menores refugiados o desplazados a causa de los “disturbios” producidos en el país de origen. La redacción literal de este precepto tampoco parece plenamente satisfactoria, porque pueden quedar al margen determinados supuestos no amparados en la consideración de disturbios.

³⁹ Una visión crítica con relación a la falta de articulación de un foro de necesidad en el RBII ter *Vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo (2022), Vol. 14, n.º 1, pp. 370-386.

⁴⁰ L.A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, especialmente pp. 952- 957.

⁴¹ *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 31 de mayo de 2018, Caso N.V. contra G.B. TJCE/2018/11. ECLI:EU:C:2018: 359. El Tribunal interpreta extensamente el concepto de “derecho de visita” al incluir el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

fundamental para que se pueda producir un cambio de residencia, es la aquiescencia –o al menos la no oposición– de los titulares de la responsabilidad parental y demás partes del proceso⁴².

27. En los supuestos de cambio de residencia legal del menor, ante la falta de consentimiento de un progenitor al traslado del menor, pasados tres meses, la competencia del órgano jurisdiccional de la anterior residencia, decae a favor de la nueva residencia (apartado segundo del art. 8). El problema surge, por la falta de un criterio autónomo de residencia habitual⁴³, a diferencia de lo que sucede con otras conexiones como “Estado miembro más vinculado”. Esta cuestión ya se planteó en el RBII bis y en el RBII ter se mantiene en el art. 8 en términos similares. Parece claro, que una estancia superior a tres meses e inferior a seis meses en un Estado no resulta un criterio claro, para entender que el menor tiene una nueva residencia, excepto si se dan otros índices de arraigo que permitan inducir una permanencia más estable. Entre esos índices podrían valorarse la escolarización del menor; la presencia de otros familiares en este Estado; la vinculación laboral del progenitor custodio con ese Estado, etc. En el caso de que no se den alguno de estos criterios, no cabe más remedio que acudir al criterio fáctico, de la presencia del menor en un determinado territorio.

28. En cuanto a la noción, “presencia del menor” se ha considerado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), requisito ineludible para apreciar la residencia habitual de un menor en un Estado. En efecto, en la Sentencia del TJUE 2018/236 (Caso UD contra XB)⁴⁴ se planteó la cuestión prejudicial y, el TJUE entendió que es preciso que un menor se encuentre físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. En el litigio mencionado, la demandante (en avanzado estado de gestación) alegaba que mediante presiones fue obligada a dar a luz y permanecer en un tercer Estado.

29. Por su parte, en caso de traslado o retención ilícita del menor, el art. 9 del RBII ter establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícita, hasta que el menor adquiriera la residencia habitual en otro Estado miembro y, se den otra serie de requisitos, todos ellos en conducentes a entender la existencia de conformidad al traslado por parte de los titulares de la responsabilidad parental. Se requiere que los titulares de la responsabilidad parental (personas físicas o jurídicas), que tengan atribuido el derecho de custodia, hayan dado su conformidad al traslado o retención. Alternativamente es necesario el transcurso de un mínimo de un año desde que el titular de la responsabilidad parental tuviera conocimiento del paradero del menor y, éste se haya integrado en el nuevo entorno, y se den una serie de circunstancias que indiquen o bien, inacción procesal por parte del titular del derecho de custodia y, esta circunstancia se produce cuando no se ha presentado una demanda de restitución, o haya desistimiento. También en el caso de que se haya procedido a la presentación de la demanda, ésta puede haber sido denegada o, haberse dictado una resolución sobre el derecho de custodia y, la restitución no sea una medida contemplada.

1. Alcance de la autonomía de la voluntad

30. El punto de inflexión se produce por la posibilidad de la elección de foro por parte de los titulares de la responsabilidad parental y de las partes en el proceso, en detrimento del foro de la residencia

⁴² M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, vol. XIV-XV, 2015, pp. 489-522.

⁴³ La apreciación de la residencia habitual se ha debatido en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia. *Ad exemplum vid.* STJUE de 9 de octubre de 2014, Caso C contra M, as. C-376/14. <http://curia.europa.eu>. *Vid.* también en el caso de menores de corta edad, la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, Caso *Mercredi*, TJUE 2010/411, ECLI:EU:C:2010:829.

⁴⁴ STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018, Caso UD contra XB, TJCE/2018/236, ECLI:EU: C:2018:835. *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, n.º 2, pp. 462-471.

habitual del menor. Si partimos de la base que éste respondía de una manera más adecuada al “interés superior del menor”, su carácter subsidiario debería quedar plenamente justificado. En efecto, si las partes han convenido la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos preceptuados en el art. 10 actuaría como un foro exclusivo y excluyente. La inclusión de la elección de foro, cuando el menor ha sido sustraído o retenido ilícitamente, debe considerarse, en principio, positiva, aunque se podría dudar de su funcionalidad, dado que en este ámbito el principal problema es la localización del menor y la falta de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. También está previsto que las partes en cualquier momento del procedimiento puedan acudir a la mediación como fórmula alternativa de resolución de litigios (art. 25 RBII ter). El principio del “interés superior del menor” actuará como criterio modulador para avanzar en la vía de la mediación o, en el procedimiento contencioso. Por tanto, no sólo podría prevalecer la elección de foro sobre el foro de la residencia habitual, si no que podría primar la resolución del litigio por métodos alternativos a la vía jurisdiccional, si el órgano jurisdiccional y las partes así lo acuerdan.

31. A partir de aquí cobra protagonismo la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en el ámbito de la responsabilidad parental como de la sustracción o retención ilícita, relegando al Juez de la residencia habitual a un segundo plano⁴⁵. Las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en determinadas circunstancias, y dicha elección se puede configurar con carácter exclusivo.

32. Dicha elección, se encuentra condicionada⁴⁶ por el cumplimiento de tres premisas: En primer lugar, que sea un foro “estrechamente vinculado” con el menor, configurándose como un concepto jurídico indeterminado. No obstante, el Reglamento establece que al menos en tres supuestos, existe esta conexión, aunque no establece un *numerus clausus*. Se dan estas circunstancias cuando, o bien, al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado Miembro; o, en él radique la antigua residencia habitual del menor o, el menor sea nacional de dicho Estado miembro.

33. La prórroga de competencia ya estaba prevista en el art. 12 del RBII bis⁴⁷. La principal diferencia es que la prórroga ya no se establece expresamente respecto del foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio. No obstante, desaparece del texto dispositivo, pero se conserva en los Considerandos del RBII ter, en particular en el vigésimo tercero. Teniendo en cuenta que al articular la conexión “vinculación estrecha” no se establece, como señalábamos con anterioridad, un *numerus clausus* y, que en los Considerandos se contempla, se podría entender que no existe ningún obstáculo para prorrogar la competencia a favor de dichos órganos jurisdiccionales, siempre claro está, que no se oponga al “interés superior del menor”.

34. El TJUE (Sala Tercera) en la Sentencia de 5 de septiembre de 2019⁴⁸, tuvo ocasión de pronunciarse sobre si la elección de un determinado foro en relación con las obligaciones alimenticias en base al art. 3.a) del Reglamento (UE) 4/2009 podría redundar en “interés del menor”. En este asunto

⁴⁵ Sobre las dificultades que puede plantear la eficacia de los acuerdos de elección de foro en el CH 1996 y en el RBII ter vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento...”, *loc. cit.* p. 113.

⁴⁶ Vid. M. GUZMÁN PECES, “Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: Especial referencia a la autonomía de la voluntad y al “interés superior del menor”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 196 y ss.

⁴⁷ El art. 12 del RBII bis establecía dos supuestos: en primer término, vinculada al foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación o divorcio. Para ello se requería el cumplimiento de varias condiciones, esto es, que al menos uno de los cónyuges ejerciera la responsabilidad parental respecto del menor y; los cónyuges o cualquier otro titular de la responsabilidad parental la aceptaran expresamente y, dicha prórroga respondiera al interés superior del menor. En segundo término, de modo semejante a la actual redacción, el apartado tercero del art. 12, preveía también la iniciación del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del menor, si éste se encontraba “vinculado estrechamente” a dicho Estado. Concurre esta circunstancia, si uno de los titulares de la responsabilidad parental tiene su residencia habitual en él o, si el menor era nacional de ese Estado miembro, siempre que dicha competencia fuese aceptada por todas las partes y respondiera al “interés superior del menor”.

⁴⁸ STJUE (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019, As. C-468/18, ECLI:EU:C:2019:666.

se presentó una única demanda con tres pretensiones (divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos con respecto al menor). El Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía (coincidente con la residencia habitual del demandado) decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial. El TJUE entendió que la competencia de los Tribunales rumanos para el divorcio (nacionalidad común de los cónyuges) podría resultar adecuada para la disolución del vínculo y, para la determinación de las obligaciones alimenticias, como domicilio del demandado, pero precisó que dicha competencia no respondía al “interés superior del menor” en materia de responsabilidad parental.

35. La elección de foro se encuentra condicionada por la existencia de un acuerdo libre entre las partes y, de cualquier otro titular de la responsabilidad parental, en el momento de la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional o, si las partes aceptan expresamente la competencia durante dicho procedimiento. Dicha competencia debe responder al “interés superior del menor” que se consagra como principio informador para la determinación de la competencia. El RBII ter califica también de manera autónoma el concepto de “titularidad de la responsabilidad parental”. Si bien en el art 2 del RBII bis se configuraba como, el conjunto de derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica, el apartado octavo en relación con su titularidad, sólo se refería a –personas- sin ningún tipo de especificación. El RBII ter concreta mucho más este concepto, cuando señala que pueden ostentar la titularidad “cualquier persona, institución u organismo”, lo que supone una importante mejora técnica.

36. En cuanto a la validez del acuerdo de elección de foro, se requiere que las partes (aquí se incluye no sólo a los titulares de la responsabilidad parental sino también a otras personas interesadas), lo manifiesten mediante acuerdo por escrito -fechado y firmado- o, lo hagan constar en el acta judicial con arreglo a la legislación nacional. Se considerará realizada por escrito, toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (se utiliza la misma fórmula que en el resto de los Reglamentos UE). El RBII ter ha previsto el supuesto en el que después de la presentación de la demanda sobre responsabilidad parental, aparezcan personas podrán pasar a ser partes en el procedimiento. En este caso pueden prestar su consentimiento con posterioridad, aunque bastaría con que no existiese oposición expresa al acuerdo de elección de foro. Pues bien, si el citado acuerdo es válido en atención a los criterios anteriormente enunciados (tanto de carácter material como formal), se configuraría como un foro exclusivo y por tanto excluyente, con respecto a cualquier foro, incluido el de la residencia habitual.

37. Otra cuestión que plantea ciertas dudas vendría por el hecho de que los titulares de la responsabilidad parental y otras partes del procedimiento acuerden la elección de foro. Para que exista dicho acuerdo, no tiene que haber una ruptura dramática de las relaciones personales y familiares y, si estamos en ese escenario, es probable que se haya podido llegar a un acuerdo de mediación previo⁴⁹ y, por tanto, no sea necesario acudir a ningún órgano jurisdiccional para dilucidar la responsabilidad parental. Recordemos que el RBII ter contempla y fomenta los acuerdos de mediación en este ámbito⁵⁰.

⁴⁹ En el ámbito de la Unión Europea, a partir de la publicación del Libro Verde de 2002 sobre las alternativas de resolución de conflictos, se sientan las bases en el ámbito de la mediación de lo que finalmente se plasmará en la Directiva (UE) 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Asimismo, el Parlamento Europeo ha efectuado varios seguimientos a lo largo de estos años para calibrar el impacto de la citada Directiva en las diversas legislaciones europeas. Por citar los más relevantes, destaca el Informe del Parlamento Europeo de 2014 sobre el relanzamiento de la mediación para el incremento del número de asuntos; el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva (COM 2016-0542); también la recopilación de la Dirección General de Políticas Internas de la Unión sobre la implementación de la Directiva de Mediación de 2016. Todos ellos culminan en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2017 en la que se abordan una serie de propuestas de mejora. Vid. M^a. del C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁵⁰ M. Guzmán Peces, “La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos”, *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 2, 2018, pp. 465-482. Vid. También G. Palao Moreno, “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012, *La Ley*, n.º 7847, 2012.

38. La elección de foro se supedita a la existencia de una “vinculación estrecha” con el órgano jurisdiccional elegido y, se da esta conexión en los supuestos de residencia habitual de los titulares de la responsabilidad parental o, si es el lugar de la anterior residencia del menor o, en el caso de que el menor sea nacional de un Estado miembro distinto del que tiene su residencia habitual. En el caso de la nacionalidad, puede que no exista demasiada vinculación con el menor, aunque sí con los titulares de la responsabilidad parental. No obstante, resulta una constante en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares que la conexión nacionalidad se considere una conexión de carácter subsidiario.

39. Otro elemento a destacar vendría de la consideración que el acuerdo deberá atender al principio del “interés superior del menor”. Con relación al órgano jurisdiccional elegido por los titulares de la responsabilidad parental (con el acuerdo de las partes, incluido el Ministerio Fiscal), se plantea la duda sobre qué sucedería si el Juez elegido valora que dicho acuerdo no resulta positivo para el menor, de acuerdo con el citado principio. La pregunta es si podría remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional mejor situado y, si éste puede o debe declararse incompetente, en tal caso, atendiendo a la existencia de un foro exclusivo. A nuestro juicio, todas estas incógnitas se plantearán y el TJUE a través de su labor interpretativa, deberá ir desgranando.

2. La referencia a métodos alternativos de solución de conflictos

40. Aunque en el CH 1980 y 1996 se hace alusión a las soluciones amistosas, en el RBII ter se introduce expresamente una disposición dedicada a las formas alternativas de resolución de litigios. En efecto el art. 25 abre la posibilidad a que las partes puedan acudir a la mediación u otra forma alternativa de resolución del conflicto, en cualquier fase del procedimiento relativo al establecimiento de medidas relativas a la responsabilidad parental y, en los casos que se haya producido una sustracción o retención ilícita, con dos limitaciones, esto es, que no se oponga al “interés superior del menor” y que, no suponga una maniobra dilatoria del procedimiento. En particular el art. 25 se refiere a “un retraso indebido del procedimiento”.

41. Se abre así la posibilidad a que el propio órgano jurisdiccional “invite” (terminología del RBII ter) a las partes a acudir a la mediación y se configura como un proceso de urgencia cuando se señala “lo antes posible” y, en cualquier fase del procedimiento, lo que significa que el órgano jurisdiccional que está conociendo del fondo del asunto puede suspender el procedimiento si las partes deciden acudir a la mediación u otra fórmula que garantice un acuerdo amistoso. Las partes pueden directamente elegir un mediador o, solicitar la asistencia de las Autoridades centrales a través del mecanismo integrado del CH 1980, incluso del CH 1996. Si resulta fructífera la mediación, se obtendrá un acuerdo con efecto jurídico vinculante y fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y podrá ser reconocido y ejecutado en otros Estados miembros sin que sea necesario acudir a una declaración de ejecutividad, tal y como establece el apartado segundo del art. 65.

42. Avanzando más en esta cuestión, en principio es bienvenida la inclusión de la mediación u otro método alternativo, especialmente para dilucidar cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores. Entre las ventajas de acudir a la mediación se ha destacado la menor duración del procedimiento y el posible ahorro de costes. Incluso, actuaría como mecanismo preventivo antes de que se produzca la sustracción⁵¹. Pero cuando ya se ha producido una sustracción o retención ilícita (recordemos que en muchos Estados está tipificado como delito, España es uno de ellos), al margen de la mediación que ya venían ejerciendo las autoridades centrales, para garantizar el retorno del menor en las mejores condiciones posibles, se nos antoja de difícil aplicación en la práctica y, tendrá que ser el órgano jurisdiccional el que vigile su efectividad. No olvidemos que en el art. 24 se establece un procedimiento judicial acelerado, de manera que el órgano jurisdiccional de primera instancia ante el que se interpone una

⁵¹ En relación a las ventajas, *Vid.* M. del C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional...*, *op. cit.* pp. 169-175.

demanda de restitución del menor deberá dictar una resolución en el plazo de seis semanas (salvo que existan circunstancias excepcionales) y, en el caso de demandas ante Juzgados superiores también se les insta a dictar una resolución en el plazo de seis semanas. Por lo tanto, la mediación no debería superar los plazos previstos para el procedimiento judicial.

VI. Soluciones previstas en el RBII ter: Los artículos 96 y 97

43. El art. 96 del RBII ter está dedicado al establecimiento de las relaciones con el CH 1980. En este sentido, si el menor es retenido o trasladado ilícitamente a otro Estado miembro distinto del Estado miembro en que residía se aplicarán las disposiciones del CH 1980 completadas con lo previsto en los Capítulos III (sustracción internacional de menores arts. 22 a 29) y el Capítulo IV (dedicado al reconocimiento y ejecución arts. 30 a 75). Y, lo mismo sucede si se trata del reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro, en cuyo caso se aplicará el Capítulo V del Reglamento. Aunque la regla parece clara, se plantean dificultades en su aplicación, atendiendo al ámbito de aplicación personal y material del Convenio y del Reglamento. El CH 1980 se aplica a todo menor de 16 años y, el RBII ter a menores de 18 años. Además, el RBII ter amplía la noción de titulares de la responsabilidad parental con relación al Convenio. Por su parte el Convenio, distingue claramente el derecho de custodia y el derecho de visita y cuando se refiere al traslado o retención ilícita comprende la infracción de un derecho de custodia, por lo que en sentido estricto podrían quedar fuera de su ámbito de aplicación, las infracciones llevadas a cabo por el titular del derecho de custodia.

44. Por lo que respecta al Convenio de la Haya de 1996, el art. 97 regula las relaciones entre ambos. En principio se establece que el Reglamento se aplicará cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro y, respecto del reconocimiento de decisiones en este ámbito dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros. A partir de aquí, en el apartado segundo se plantea una “*derogatio fori*”, dado que se prevé que las partes puedan acordar atribuir la competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 1996 y que no se aplique el Reglamento. Aquí resulta bastante confusa la redacción, porque se puede estar refiriendo a un tercer Estado (no miembro) o, que las reglas de competencia no les atribuyan competencia conforme a los criterios previstos en el RBII ter (aquí la solución hubiera venido por la introducción del foro de necesidad). Pues bien, en este supuesto, se prevé que se aplicarán las reglas del art. 10 del RBII ter, relativas a la elección de órgano jurisdiccional, al que ya nos referimos, lo que plantea interrogantes, en el caso de terceros Estados.

45. En este orden de cuestiones, el apartado 2.b) del art. 97 está referido a la transferencia de competencia, entre un órgano jurisdiccional de un Estado parte en el CH 1996, en el que no se aplique el Reglamento, resultando de aplicación los arts. 8 y 9 del CH 1996. En este supuesto podrían estar más vinculadas para conocer sobre las medidas de protección de los menores, las autoridades de la nacionalidad del menor, dónde el menor tenga sus bienes; dónde se esté sustanciado la demanda de separación o divorcio o, cualquier otro Estado con el que el niño mantenga “algún vínculo estrecho”.

46. Finalmente, el apartado 2.c) del citado artículo, establece una regla para solucionar los problemas de litispendencia, cuando un procedimiento de responsabilidad parental esté pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 1996 en el que no se aplique el Reglamento (tercer Estado) y, esté conociendo un Juez de un Estado miembro en un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto. En este caso conforme al art. 13 del CH 1996, entre Estados contratantes, si ya se ha iniciado el procedimiento antes las autoridades competentes, las autoridades del otro Estado con competencia también para adoptar medidas de protección sobre la persona o bienes del menor, deben abstenerse de conocer en favor de la autoridad que conoció en primer término.

VII. Consideraciones finales

47. Aunque el RBII ter, con relación a su antecesor, se presenta como un instrumento que introduce algunas mejoras técnicas e interpretativas fruto de la labor del Tribunal de Justicia, lo cierto es que incorpora cambios de gran calado en los aspectos que hemos tenido la oportunidad de analizar en este trabajo. Por un lado, amplía su ámbito de eficacia material a la protección de menores, materia objeto de regulación en el sector de la competencia judicial y el derecho aplicable en el CH 1996. Por otro lado, respecto de los foros previstos en el RBII bis se plantea un cambio de perspectiva. En efecto, si en el RBII bis se partía de la base que el órgano jurisdiccional mejor situado y más adecuado para conocer en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores era el de la residencia habitual del menor, en el RBII ter la elección de foro por las partes (cumpliendo determinados requisitos) se configura como un foro exclusivo y excluyente de cualquier otro. A partir de aquí el foro de la residencia habitual se configura con carácter subsidiario.

48. El legislador comunitario entiende que la autonomía de la voluntad de las partes debe primar en este ámbito y, todo ello de acuerdo con el “interés superior del menor”. En principio, el parámetro elegido resulta loable, pero a nuestro juicio no está exento de dificultades prácticas y en especial cuando se ha producido una sustracción o retención ilícita en los términos del Reglamento. A partir de aquí surgen algunas incógnitas como, por ejemplo, si será el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor el que debe abstenerse de conocer si entiende que el acuerdo de elección de foro responde al interés prioritario del menor o, si por el contrario el órgano jurisdiccional elegido debe analizar si el acuerdo de elección es válido y beneficioso para el menor y, en caso contrario, surge la duda respecto del procedimiento a seguir. Si como se ha venido señalando, los Juzgados adolecen de medios materiales y humanos adecuados para hacer frente a estos procesos en los que se debe escuchar a los menores y, en este caso, a las partes interesadas, se pueden plantear dificultades procedimentales y de interpretación, en las que entendemos que deberá entrar a dilucidar el Tribunal de Justicia.

49. Cuando se ha producido una sustracción o retención ilícita, nos preocupa la posible existencia de un “consentimiento viciado” en el acuerdo de elección de foro. Podría suceder que el titular de la responsabilidad parental infractor intentara forzar un acuerdo de elección del foro del lugar donde se ha trasladado con el menor para conseguir una resolución más favorable en relación con los derechos de guarda y custodia, a cambio de que el otro progenitor vuelva a ejercer, por ejemplo, los derechos de visita. En el caso de que se esté produciendo este tipo de “coacción” (que también plantea problemas de prueba), el Juez que ve prorrogada su competencia debería analizar escrupulosamente el acuerdo. En este sentido, también sería oportuno escuchar a todas las partes, incluido el menor si tuviera suficiente juicio. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes debe partir de una posición equitativa de las partes y, en este caso, esta premisa no se da o no queda suficientemente garantizada, dado que en primer término el menor es la parte débil de la relación jurídica y, el titular de la responsabilidad parental al que se le ha privado de este derecho como consecuencia de la infracción, también se encuentra en una posición que le puede impedir ejercer sus derechos con plenitud. En este escenario, el desplazamiento a un segundo plano de la conexión “residencia habitual” del menor en la determinación de la competencia, se nos antoja cuanto menos peligrosa.

50. A lo anteriormente mencionado habría que añadir que en el RBII ter, como novedad, se insta al órgano jurisdiccional competente a que, en cualquier fase del proceso, invite a las partes a llegar a un acuerdo de mediación (también en supuestos de sustracción y retención ilícita), siempre atendiendo al citado interés prioritario. De nuevo se le otorga al Juez un papel muy proactivo para velar porque los acuerdos amistosos no se conviertan en una maniobra dilatoria de alguna de las partes en el procedimiento y que efectivamente respondan al interés prioritario del menor.

51. Finalmente, respecto de las relaciones del RBII ter con relación al CH 1980, consideramos que existe una gran mejora técnica y de funcionamiento, pero respecto a las relaciones con el CH 1996,

suscita ciertas incógnitas una “*derogatio fori*” a favor de los órganos jurisdiccionales de terceros Estados, a través de un acuerdo de elección de foro. Si generaba bastantes dudas que el foro de la residencia habitual del menor se situase en un segundo plano en el ámbito del Reglamento, el desplazamiento de la competencia hacia terceros Estados, mediante un acuerdo de elección, plantea nuevas incertidumbres, atendiendo a la diversidad cultural y jurídica.

Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres

A reinterpretation of The Hague child abduction convention to protect children from exposure to sexism, mysogyny and violence against women

ILARIA PRETELLI

Swiss Institute of Comparative Law

Recibido: 10.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7251

Resumen: El Convenio de La Haya de 1980 se beneficia del Convenio de Estambul de 2011 que visibiliza la violencia contra las mujeres como un fenómeno mundial. Una cultura machista puede explicar las sustracciones de menores por parte de los padres, pero también a los de las madres para protegerse. La violencia contra las mujeres es un fenómeno más amplio que la violencia doméstica, aunque ambas están estructuralmente vinculada con la subordinación histórica de las mujeres, que ha llevado a una visión propietaria de la familia también en contextos socioculturales avanzados. En la perspectiva del interés superior del menor, la distinción entre los traslados ilícitos de la residencia de un niño por parte de su cuidador principal y las sustracciones en sentido estricto merece ser reconsiderada.

Palabras clave: Convenio de Estambul, violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia de género, sustracción internacional de menores, interés superior del menor, Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, Bruselas II bis (Reglamento 2201/2003), Bruselas II ter (Reglamento 1111/2019).

Abstract: The 1980 Hague Convention benefits from the 2011 Istanbul Convention which makes violence against women visible as a global phenomenon. A sexist culture may explain abductions by fathers, but also by mothers fleeing violence. Violence against women is a wider phenomenon as compared to domestic violence, although both are structurally linked to the historical subordination of women. Such subordination has naturally led to a proprietary view of the family even in advanced socio-cultural contexts. In the perspective of the best interests of the child, the distinction between wrongful transfers of a child's residence by his or her primary caregiver and abductions in the strict sense deserves to be reconsidered.

*Las ideas expresadas son sólo mías y no reflejan necesariamente las del instituto suizo de derecho comparado. Esta contribución actualiza, profundiza y presenta al público de habla hispana la investigación científica que me llevó a la publicación de un primero artículo en inglés (Three Patterns, One Law - Plea for a Reinterpretation of the Hague Child Abduction Convention to Protect Children from Exposure to Sexism, Mysogyny and Violence against Women, en Pfeiffer M. a kol. (eds). Liber Amicorum Monika Pauknerova. Praha: Wolters Kluwer, 2021, pp. 363-393. Agradezco a Carmen Ruiz Sutil su paciente relectura de un idioma muy querido por mi padre Sergio. A él, que me transmitió los valores del respeto y de la protección de los pequeños, dedico este escrito.

Keywords: Rights of the child, Istanbul Convention, Violence against women, domestic violence, gendered-based violence, international child abduction, best interests of the child, the Hague Child Abduction Convention, Brussels IIbis (Regulation 2201/2003), Brussels IIter (Regulation 1111/2019).

Sumario: I. El Convenio de Estambul de 2011. 1. Tres conceptos diferentes. A) Violencia de género y Violencia doméstica. B) Violencia contra la mujer. 2. Un patrimonio común. II. El Convenio de La Haya de 1980 como precursor del choque de civilizaciones. A) El impacto de la misoginia y el sexismo en el interés superior del niño. a) La asignación del cuidado y la autoridad parental en contextos patriarcales. b) Violencia contra las mujeres. B) El “derecho a determinar la residencia del menor”: ¿título legal o parte del deber de cuidar al niño? a) Noción de “Custodia”. b) Persistencia de la diferencia entre el cuidado diario y la responsabilidad legal. III. El interés superior del niño frente a la confianza mutua de los Estados miembros de la UE. IV. La diferencia entre las sustracciones parentales y los traslados ilegales de residencia. 1. El contrapunto de las desigualdades. 2. Tres fenómenos diferentes. A) Niños traídos de países occidentales al país de referencia cultural. B) Niños alejados de un entorno de violencia. C) Niños llevados al país donde el padre tiene mejores oportunidades de trabajo y cuidado. 3. Tres riesgos correspondientes a las violaciones de los derechos de los niños. V. Conclusiones y propuesta.

I. El Convenio de Estambul de 2011

1. El Convenio de Estambul de 2011 entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y ya es vinculante para 35 Estados¹. Teniendo en cuenta que no se trata de un Convenio de la ONU, sino de uno regional, europeo, el número de ratificaciones es alentador. De hecho, el Convenio ha sido firmado por 45 Estados europeos, entre ellos Ucrania y Turquía. Este último país incluso había ratificado el Convenio poco después de su entrada en vigor, pero se retiró del espacio de Estambul en marzo del año pasado. Según una visión fundamentalista del Islam, el Convenio debilitaría la estructura familiar de la sociedad. Esto parece confirmar que la convención no es meramente programática, sino que obliga a los Estados que la ratifican a asumir compromisos precisos en la lucha contra la violencia basada en el supuesto que hay que mantener a las mujeres subordinadas a los hombres.

2. El principio de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana fue proclamado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A continuación, la Convención de la ONU de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer afirma que la igualdad formal no es suficiente para el empoderamiento de la mujer en la sociedad, ya que se necesitan acciones positivas para superar los obstáculos sociales y económicos existentes para la contribución de las mujeres en la sociedad. En este contexto, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 2011 da un paso más², en relación con la constatación que las mujeres sufren una discriminación estructural como consecuencia de una dominación masculina que no sólo se produce en el ámbito público e institucional, sino también dentro de la estructura social más pequeña de la sociedad, que es la familia.

3. El objetivo de la Convención de Estambul es doble. En primer lugar, dicho texto internacional aborda el problema urgente de la erradicación de los abusos físicos y psicológicos contra las mujeres, en particular en el ámbito del hogar. En segundo lugar, el Convenio tiene como objetivo promover la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, incluso mediante el empoderamiento de las mujeres. En este sentido, plantea erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que una discriminación

¹ Consejo de Europa, Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V. 2011.

² C. RUIZ SUTIL, Implementación del convenio de Estambul en la refundición del reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 615-641.

es *per se* una forma de violencia y prevaricación. Según su artículo 3, el problema de la “violencia contra la mujer” se entiende como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación contra la mujer que incluye: “todo acto de violencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”. Por tanto, la violencia contra la mujer incluye la violencia de género, quedando definida en el artículo 3. Y es que la violencia de género es aquella que se dirige contra una mujer por el hecho de serlo o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada.

4. El instrumento de Estambul también contiene una definición de violencia doméstica, fenómeno muy diferente y complejo, aunque relacionado con los estereotipos de género, y las desigualdades resultantes. Precisamente, cuando examinemos las decisiones sobre la sustracción de menores, comprobaremos las referencias constantes a la violencia: a menudo, la referencia es a la violencia doméstica; a veces, a la violencia contra las mujeres y en ocasiones, a la violencia de género. En este contexto de sustracción internacional de menores, intuimos que todas estas referencias a la violencia hacen alusión a un dramático problema de nuestra sociedad actual, la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer en el entorno conyugal o de pareja y que afecta directamente a los hijos.

1. Tres conceptos diferentes

A) Violencia de género y Violencia doméstica

5. La violencia de género se refiere a los actos dirigidos a un individuo en función de su género. Tiene sus raíces en la desigualdad de género, el abuso de poder y las normas perjudiciales. Aunque se hace hincapié en las mujeres, la violencia de género es un concepto más amplio que abarca, inclusive, la violencia contra los grupos LGBTIQ+. El énfasis en las mujeres parece deberse a la frecuente estadística de la violencia dirigida a las mujeres. La violencia doméstica también es un término neutro, ya que comprende la violencia del marido contra la mujer y la violencia de la mujer contra el marido. En concreto, la violencia doméstica se refiere al desarrollo de relaciones tóxicas dentro de la pareja y entre las paredes del entorno doméstico. Este tipo de violencia puede tener que ver con el problema histórico de la dominación masculina, pero también puede ser el resultado de diferentes patologías. Las víctimas de la violencia doméstica pueden ser hombres y mujeres sujetos a la personalidad patológica de su pareja.

B) Violencia contra la mujer

6. El artículo 33 del Convenio de Estambul prohíbe “la conducta intencionada de atentar gravemente contra la integridad psíquica de una persona mediante coacción o amenazas”. La idea de una violencia psicológicamente intencionada contra la mujer es un tanto caricaturesca. Muchos casos de violencia contra las mujeres no entrarán en esta definición, porque el comportamiento violento de los hombres viene originado por la creencia de que las mujeres tienen el deber de obedecerles, sin la más mínima intención de causar daño. A menudo, están convencidos de amar a su mujer y posiblemente sienten que actúan de forma coherente³. Sin embargo, este convencimiento viene vinculado con la subordinación histórica de las mujeres reconocida solemnemente por nuestros libros sagrados y por nuestros códigos civiles. Hay que explicar claramente aquí que la violencia contra la mujer es perpetrada cada día, cada hora, en todas partes del mundo por hombres perfectamente normales, “hipernormales”, como ha quedado definida⁴, hombres respetables y respetados, admirablemente integrados en su contexto social y sin psicopatologías.

³ M. LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona, Crítica, 2001.

⁴ M. CHOLLET, *Réinventer l'amour : Comment le patriarcat sabote les relations hétérosexuelles*, Paris, La Découverte, coll. « Zones », 2021.

7. La subordinación de la mujer al hombre está profundamente arraigada en todas las tradiciones jurídicas del mundo y se justifica según los principios de la religión basados en la suposición de que la subordinación de la mujer correspondería a una voluntad de Dios. Aunque los exponentes de la Iglesia católica, o de otras religiones, han intentado a menudo socavar esta creencia religiosa errónea, en las tradiciones populares esta creencia ha permanecido intacta.

1. Un patrimonio común

8. En la tradición jurídica romana, las mujeres y sus hijos estaban sujetos a la *patria potestas* en la misma medida que los siervos, llamados *famuli*. El capo familiar era dueño de su mujer y de sus hijos, que durante siglos estuvo en condiciones de venderlos o matarlos. En las doce tablas sagradas, como recuerda Gayo, las mujeres eran consideradas como hijos eternos: “Las mujeres, aunque sean mayores de edad, estarán bajo tutela a causa de su levedad mental”⁵.

9. En la visión de la familia inspirada por el fascismo, se esperaba que las hijas y los hijos obedecieran a su padre, a los demás miembros masculinos de su familia paterna y, de forma subordinada, a su madre. La desobediencia no sólo conducía al ejercicio de “poderes correctivos”, sino incluso a sanciones radicales, como el alejamiento de la familia y el internamiento en instituciones penitenciarias. El padre podía establecer en su testamento condiciones obligatorias para que la madre educara a “sus” hijos y administrara los bienes de éstos (lo que equivalía a permitirle administrar sus bienes después de su muerte). El control del cumplimiento de estas condiciones por parte de la madre se encomendaba a un órgano denominado “consejo de familia”, que estaba compuesto por los miembros masculinos de la llamada familia extensa (abuelo, hermanos del abuelo, tíos y, si eran mayores de edad, hermanos del huérfano). El consejo también tenía funciones de autorización, con las que se formalizaba la falta de capacidad de la madre para elegir la educación de sus hijos.

10. Como “niños eternos”, las mujeres han luchado y luchan por tener acceso a la educación. Esta exclusión deliberada de las mujeres de la educación es incompatible con cualquier acceso real al poder, incluso en contextos supuestamente matriarcales. En los raros casos de liderazgo femenino, el poder de las mujeres en cuestión se presenta con evidentes anomalías respecto a la gestión normal. La razón es que las mujeres han sido históricamente empoderadas por circunstancias contingentes y a menudo efímeras (esposas, hijas). Prueba de ello es que no hay ninguna contribución femenina rastreable en la formación de los actuales códigos sociales de poder (incluidas las asambleas parlamentarias, las jerarquías, etc.).⁶ La violencia contra las mujeres es un problema histórico y socio-antropológico, que está directamente relacionado con una *forma mentis* heredada de siglos de exclusión de las mujeres del ejercicio del poder.

11. Toda esta desigualdad histórica origina, entre otras cuestiones, que la violencia doméstica sea difícil de probar. Un estudio francés ha seguido 67 casos de divorcios muy conflictivos en los que 94 hijos habían presentado una denuncia por violencia y agresión sexual. En el 77% de los casos se habían descrito claramente los episodios de violencia. En dos años sólo se había condenado a un agresor. Por otro lado, en el 20% de los casos se había denunciado a las madres que se habían negado a entregar al hijo al padre acusado y un tercio de estas madres habían sido condenadas⁷. Cuando los divorcios de alto conflicto tienen una dimensión transfronteriza, la prueba de la violencia de género contra la mujer puede ser aún más difícil de probar y la doctrina está reconociendo que el marco legal actual, o mejor, la forma en que se interpreta, no protege suficientemente a las mujeres y a los niños contra la violencia de género.

⁵ Veteres ... enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse; ... exceptis virginibus Vestalibus, quas ... liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum” Gaius, 1,144-145 (120 - 180 AD).

⁶ I. MAGLI, *Matriarcato e potere delle donne*, Milano, 1978.

⁷ P. ROMITO, M. CRISMA, *Les violences masculines occultées : le syndrome d’aliénation parentale*, Empan 2009/1 (n° 73), pp. 31-39.

12. Aunque el objetivo principal de la convención de Estambul es proteger a las mujeres de la violencia masculina, hay que tener en cuenta que muchos hombres violentos son a su vez víctimas de un paradigma cultural que es pernicioso para toda la familia, no sólo para las mujeres y los niños. Esto significa que la erradicación de la violencia contra las mujeres también sirve al interés de todo hombre por la paz y la armonía doméstica, así como para garantizar que los hombres tengan una experiencia más madura del amor y la sexualidad que puedan compartir con una mujer, una vez que la hayan liberado de la odiosa restricción de la obediencia y la subordinación. La carga pesada de esta subordinación histórica tiene que ser equilibrada a través de una lectura actual de las Convenciones internacionales, prestando atención a corregir esta desigualdad histórica.

II. El Convenio de La Haya de 1980 como precursor del choque de civilizaciones

13. Para comprender el actual debate sobre la deseable regulación de la sustracción transfronteriza de menores por sus progenitores, es esencial considerar, de manera consciente y calculada, que el problema se sitúa en el centro del Convenio de La Haya de 1980. Más allá de la complejidad del marco jurídico actual⁸, si miramos el informe explicativo con la conciencia cultural de hoy, encontramos que lo que estaba en juego en aquel momento es una cuestión que sería teorizada mucho más tarde por Samuel Huntington en sus ensayos sobre el “choque de civilizaciones”⁹. Elisa Pérez Vera lo explicaba con hábil sabiduría diplomática¹⁰. Refiriéndose a la Recomendación 874(1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la profesora recordaba su primer principio general, según el cual “los niños ya no deben ser considerados como propiedad de los padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con sus propios derechos y necesidades”¹¹. Asimismo, al aludir al informe del entonces Secretario General Adair Dyer, observaba que “la presunción generalmente establecida es que la verdadera víctima del “secuestro de niños” es el propio niño, que sufre la repentina alteración de su estabilidad, *la traumática pérdida de contacto con el progenitor que ha estado a cargo de su crianza*, la incertidumbre y la frustración que conlleva la necesidad de adaptarse a un idioma extraño, a unas condiciones culturales desconocidas y a unos profesores y familiares desconocidos”¹².

14. En el debate actual, los casos más chocantes, en primera línea del Convenio de La Haya de 1980, son los que enfrentan a las madres de los países que ya han reconocido el principio de igualdad de género en el derecho de familia con los padres de los Estados que todavía se aferran a los valores patriarcales. En algunos ordenamientos jurídicos, la dominación masculina, que forma parte de un pesado patrimonio común de la humanidad, sigue imponiendo a las mujeres códigos de comportamiento restrictivos; el deber legal de la esposa a obedecer a su marido: una visión de los hijos como pertenecientes al linaje del padre; una perspectiva de las madres como fabricantes de los hijos de los hombres¹³. Con este bagaje cultural, es probable que un hombre se moleste y se sienta humillado por el comportamiento de una esposa francesa, italiana, checa o rusa. A la inversa, una mujer criada con ideas de igualdad de

⁸ La ratificación más reciente del Convenio de La Haya de 1980 fue la de Barbados en 2019. La Convención de la ONU de 1989 ha sido ratificada por casi todos los Estados del mundo, con la extraña excepción de Estados Unidos. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo, en Uruguay, de 15 de julio de 1989, está en vigor en 14 Estados latinoamericanos. Los Reglamentos de la UE 2201/2003 y ahora 1111/2019 “relativos a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como a la sustracción internacional de menores” también se basan en el Convenio de La Haya de 1980 en lo que respecta a la regulación de la sustracción parental de menores.

⁹ Véase S. HUNTINGTON, PHILLIPS, «The Clash of Civilizations?», *Foreign Affairs*, vol. 72, no. 3, 1993.

¹⁰ Informe explicativo sobre el Convenio de la HCCH de 1980 sobre la sustracción de menores, Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión (1980), Vol. III, Sustracción de menores, p. 431-432.

¹¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31ª Sesión Ordinaria, Recomendación sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979.

¹² *Cuestionario* e informe sobre la sustracción internacional de menores por uno de los progenitores, elaborado por el Sr. Adair Dyer, Prel. Doc. No 1, agosto de 1977, p. 18-25, en adelante denominado “Informe Dyer”, p. 21. Énfasis añadido.

¹³ Es significativo que, según una representación muy arraigada, el esperma se represente erróneamente como una semilla que fecunda el vientre de la mujer, cuando es la mitad de una semilla.

género, con necesidad de empoderamiento de la mujer en la sociedad¹⁴ y con la creencia en la igualdad de funciones de padres y madres en la familia, es probable que también se moleste y se sienta humillada por un hombre nacido del patriarcado.

15. A menos que uno de ellos haya reconocido y suscrito las premisas culturales del otro, el padre considerará la “falta de obediencia” de su mujer como una herida profunda y una afrenta intolerable a su honor; al mismo tiempo, la madre se verá profundamente afectada por la actitud egocéntrica de su marido y la ausencia del auténtico amor y cuidado que esperaba recibir. Incluso, puede sentirse privada de su papel de madre, de su identidad y de su relación afectiva con su hijo, quedando cosificada a una máquina de sexo y reproducción. Con este entorno de desigualdad, es muy probable que se produzca un enfrentamiento entre dos progenitores¹⁵. Después de 41 años de la conclusión de los procedimientos que dieron lugar al Convenio de La Haya de 1980, esta realidad sigue persistente en nuestras sociedades.

16. El 12 de marzo de 2019, dos niñas suizo-egipcias, nacidas y criadas en Suiza, volvieron a casa después de pasar 5 años en algún lugar de Egipto, donde habían sido retenidas injustamente. Cuando tenían dos y cuatro años de edad respectivamente, viajaron a dicho país para unas vacaciones que se suponía no durarían más de dos semanas. El caso se resolvió por vía diplomática, ya que Egipto no ha ratificado el Convenio de 1980¹⁶. A pesar de la duración de la retención, la resolución del supuesto fue bastante afortunada. Otra situación estresante fue la vivida por dos niñas suizo-argelinas y su madre, menores que fueron trasladadas ilícitamente a Argelia, otro Estado no contratante de la Convención de La Haya de 1980¹⁷. Dudando que las negociaciones diplomáticas para la devolución de las niñas tuvieran éxito, la progenitora se embarcó en un difícil proceso de mediación, consiguiendo un acuerdo para mantener el contacto con ellas. Esto ocurre mediante llamadas y videollamadas, recibéndolas para las vacaciones de verano, aunque no simultáneamente sino de “de forma sucesiva”. Esta solución se mantuvo para que el padre se asegurara que las menores no fuesen retenidas por la madre en Suiza, como debería ser, porque Suiza es el país del que fueron sustraídas. Como la madre tiene que devolver a una hija a Argelia si quiere recibir a la otra, se ve obligada a esta forma de salir con sus hijas. Ahora bien, nos preguntamos lo siguiente: ¿están estas niñas contentas y cómodas con la situación? ¿Son libres para pensar en su propio interés? ¿Aman a sus padres? ¿A sus países? ¿Tienen claras sus emociones?

17. Aunque el Convenio de La Haya de 1980 fue un intento de evitar las situaciones en las que los niños se vean literalmente divididos entre sus padres, como en el famoso juicio de Salomón o en casos como los dos mencionados anteriormente, en ocasiones tenemos dudas si finalmente se está consiguiendo dicha finalidad. La historia de su aplicación muestra que, aunque resolvió parte del problema, creó otros nuevos escenarios complicados. Precisamente, éstos siguen siendo objeto de examen y han sido abordados por la Unión Europea -de forma muy diferente y bastante discutible-,¹⁸. La aplicación del Convenio de La Haya de 1980 debe liberarse de las interferencias políticas y diplomáticas para adoptar un enfoque en su interpretación para lograr el mejor cuidado de los niños. Tras una evaluación de los contextos familiares culturales y sociales en los que se producen las sustracciones de menores, se propone una reinterpretación del Convenio basada en un diálogo más respetuoso entre las civilizaciones¹⁹ e inspirada en la búsqueda del verdadero interés superior del niño.

¹⁴ Leave No One behind a Call to Action for Gender Equality and Women’s Economic Empowerment. Informe completo de Unhlp.pdf (empowerwomen.org), High-Level Panel on Women’s Economic Empowerment appointed in January 2016 by the UN Secretary-General Ban Ki-moon.

¹⁵ See Y. NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, Recueil des cours, Vol. 401, 2019, pp. 127-450.

¹⁶ Se trata de un caso de retención ilegal. En contra de la oposición de la madre suiza, el padre había logrado obtener de un tribunal suizo el derecho a viajar a su país de origen con sus hijos, para quienes Egipto era también un “país de origen” en virtud de su nacionalidad egipcia, además de su nacionalidad suiza.

¹⁷ El caso sigue pendiente. Véase ATF 16.11.2020, 5A_105/202.

¹⁸ Véase *infra*, apartado 1.3.

¹⁹ D.F. PUYANA (ed.) et al., *Promoting peace, human rights and dialogue among civilizations*, noviembre de 2020, en las páginas 101-102, recuerda varios documentos de la ONU -como la Resolución 56/6 sobre el Programa Mundial para el Diálogo

18. A este respecto, uno de los principales problemas sigue siendo la dificultad de conciliar la igualdad de la mujer y el hombre en la sociedad con la igualdad de las civilizaciones en la comunidad internacional. La salida de tan importante doble obstáculo sólo puede pasar por la estricta adhesión al Estado de Derecho. Esto implica simultáneamente: el rechazo de cualquier forma de “discriminación y violencia, a la que las mujeres siguen estando expuestas en todo el mundo”; “la reafirmación de que los derechos humanos y las libertades fundamentales se derivan de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana y son, por lo tanto, universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”²⁰, además de la sustitución de una vaga idea de la cortesía entre naciones por una consideración más respetuosa de la diversidad cultural como base de la cooperación y de un multilateralismo creíble.

19. En este sentido, la actual sobreestimación de la brecha cultural en materia de igualdad de género entre civilizaciones debe ser significativamente puesta en proporción: por un lado, la igualdad de género no sólo es un logro muy reciente de las tradiciones jurídicas occidentales, a pesar de que en sus sociedades persistan restos de desigualdades graves y generalizados; por otro lado, las fuerzas progresistas también reclaman un mayor empoderamiento de la mujer en las tradiciones jurídicas no occidentales, lo que la convierte en una condición para la evolución jurídica que merece mayor atención²¹. A la luz de esta realidad actual, el Convenio de La Haya de 1980 debe tener presente la contribución del Convenio de Estambul a la comprensión de las realidades nacionales generalizadas.

A) El impacto de la misoginia y el sexismo en el interés superior del niño

20. La tradición jurídica occidental ha adquirido, muy recientemente, como parte de su cultura y civilización jurídicas, el principio de plena igualdad entre el hombre y la mujer y entre la madre y el padre, al menos formalmente²². Suiza, el país más innovador del mundo según el Índice Global de Innovación anual, fue uno de los últimos Estados de Europa en conceder derechos políticos a las mujeres a finales del siglo pasado²³. El derecho al voto es uno de los muchos elementos que sugieren una estructura social patriarcal en la que el hombre es percibido como el jefe de la familia, facultado por la ley con la autoridad para tomar decisiones, también respecto a “su” mujer y sus hijos. Un concepto propietario de la mujer también afecta a la neutralidad de los entornos laborales²⁴. En consecuencia, muchas sociedades

entre Civilizaciones 9 de noviembre de 2001 (Doc. A/RES/56/6), la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz del 6 de octubre de 1999 (Doc. A/RES/53/243), etc. - reconociendo la necesidad universal de asegurar “el empoderamiento de las mujeres” junto con “la consecución de la diversidad civilizatoria”.

²⁰ Véase, por ejemplo, la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, punto 5.

²¹ Como observó Alexander Langer en su discurso ante el Parlamento Europeo el 29 de junio de 1995 (en referencia al estatus de refugiadas de las mujeres argelinas), acoger en la UE a mujeres extranjeras comprometidas en la lucha por su derecho a la igualdad de género en sus propios países representa una inversión de construcción de la paz en beneficio de esos países y de su sociedad en su conjunto: “...le donne in Algeria, organizzate o non che siano, le donne che oggi rivendicano i loro diritti spesso contro un forte pregiudizio, in cui l'essere donna diventa motivo di persecuzione, essere donna e rivendicare diritti politici diventa oggetto di ulteriori discriminazioni, aprendo noi le nostre porte a loro riconoscendole come perseguitate politiche, riconoscendo in loro delle titolari di diritto all'asilo, noi compiamo ... un investimento di ripacificazione verso la società algerina, perché sappiamo bene che la società algerina avrà bisogno proprio di queste risorse per potersi evolvere ...”. Para resumir un tema muy amplio, algunos autores considerarán que la propuesta de Langer contrasta con el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados extranjeros codificado en los Tratados de Westfalia, otros con la doctrina de la cortesía de las naciones; otros, sin embargo, apoyarán la conclusión de Langer basándose en las doctrinas de la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger. Véase, sobre estos delicados temas, C. FOCARELLI, “La dottrina della “responsabilità di proteggere” e l'intervento umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*. 2008, pp. 317-346.

²² En Italia, por ejemplo, la “cabeza de familia” estuvo formalmente investido de poderes directivos hasta 1975, a pesar del contraste radical de las normas conexas del código civil italiano con el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en la Constitución italiana de 1948. Estos poderes fueron desmantelados por la Ley nº 151 de 1975.

²³ El 7 de febrero de 1971 se concedió a las mujeres suizas el derecho a votar y a presentarse como candidatas al Consejo Federal. La votación condujo a la modificación del artículo 74 de la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874.

²⁴ Sobre la necesidad de sensibilizar sobre la “gama de comportamientos y prácticas inaceptables, o amenazas de los mismos, ya sea en un solo caso o de forma reiterada, que tengan por objeto, resulten o puedan resultar en un daño físico, psicoló-

occidentales siguen luchando por conseguir una igualdad sustancial y todavía están en proceso de promover, mediante la adopción de toda una serie de estrategias, la igualdad de oportunidades, la igualdad de salarios, un reparto justo del trabajo no remunerado relacionado con el cuidado de los miembros de la familia, etc.

21. Esta observación es importante para evitar una estigmatización sesgada de las culturas no occidentales que aún no han adquirido el pleno reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes de hombres y mujeres. Y es que la misoginia y el sexismo han sido recurrentes a lo largo de los siglos y territorios en los que se desarrolló la tradición jurídica occidental²⁵. En resumen, la brecha histórica que se percibe en materia de igualdad de género entre las tradiciones jurídicas occidentales y no occidentales parece más amplia de lo que aparentemente resulta.

22. A la luz de estas circunstancias, la estigmatización de las culturas no occidentales parece injusta, además de imprudente. Los discursos occidentales sobre la igualdad de género provocan reacciones de comprensible rabia y radicalización, con el resultado de que esto repercute negativamente en esas tradiciones no occidentales, disuadiéndolas de revisar espontáneamente la tensión histórica natural de su propia cultura hacia la igualdad de género²⁶. Centrarse en los valores universalmente compartidos en lo que respecta a la persona del niño puede proporcionar un terreno más fértil para el respeto jurídico mutuo en su interés superior²⁷. En consecuencia, el Convenio de La Haya de 1980 no puede ignorar la conciencia que ha generado el Convenio de Estambul de 2011²⁸. Este último tratado ha visibilizado la violencia contra las mujeres como un fenómeno mundial, común a culturas y religiones muy diferentes, incluso muy alejadas entre sí. Una Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo aumenta la visibilidad de la “lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”²⁹.

23. Una Resolución del Parlamento Europeo, del 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños³⁰, explica claramente que “la custodia compartida en situaciones de violencia en el marco de la pareja o expareja expone a las mujeres a una violencia continua y evitable, al obligarlas a permanecer en la proximidad geográfica de sus maltratadores y someterlas a una mayor exposición a la violencia física y psicológica, así como a abusos emocionales, lo que puede tener repercusiones directas o indirectas para sus hijos; que, en los casos de violencia en el marco de la pareja o expareja, el derecho de las mujeres y los niños a ser protegidos y a vivir una vida sin violencia física y psicológica debe prevalecer sobre la preferencia por la custodia

gico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”, véase el Convenio de la OIT de 2019 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en vigor desde el 25 de junio de 2021 (C190) en Argentina, Ecuador, Fiyi, Namibia, Somalia y Uruguay.

²⁵ *Ex multis* M. LEVER, *L’antiféminisme, du Moyen âge à la Révolution*. Histoire, 1983, pp. 38-51; D.J. GUIDO, *The German League for the Prevention of Women’s Emancipation: Antifeminism In Germany, 1912-1920*, 2010; J. HOLLAND, *Misogyny: The World’s Oldest Prejudice*. 2006; C. D. KINNARD, *Antifeminism in American Thought: An Annotated Bibliography*, 1986; R. SWEET, *Research Report on Antifeminism in the Theory and Practice of Vocational Psychology*, 1974; M. JOBIN, “Cyber-violence: le discours masculiniste sur les femmes”, in M. BLAIS, F. DUPUIS-DÉRI (eds), *Le mouvement masculiniste au Québec : l’antiféminisme démasqué*. 2015, pp. 147-162.

²⁶ Véase G. C. SPIVAK, “Can the Subaltern Speak?”, in C. NELSON, L. GROSSBERG (eds), *Marxism and the Interpretation of Culture*, 1988, <https://jan.ucc.nau.edu/~sj6/Spivak%20CanTheSubalternSpeak.pdf>, p. 28 “[the] figure of ‘woman’ [...] as indeterminate is already available to the phallogocentric tradition. [...] The question is not of female participation in insurgency, or the ground rules of the sexual division of labour [...] It is, rather, that [...] the ideological construction of gender keeps the male dominant. If, in the context of colonial production, the subaltern has no history and cannot speak, the subaltern as female is even more deeply in shadow...”.

²⁷ A. BUCHER, “L’intérêt de l’enfant pénètre la Convention sur l’enlèvement, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París 2008, pp. 683-701.

²⁸ Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V. 2011.

²⁹ Estrasburgo, 8.3.2022, COM(2022) 105 final, 2022/0066(COD): IMMC.COM%282022%29105%20final.SPA.xhtml.1_ES_ACT_part1_v2.docx (europa.eu).

³⁰ (2019/2166(INI): Textos aprobados - Miércoles 6 de octubre de 2021 (europa.eu).

compartida; que el maltrato de los menores por parte de los autores de violencia en el marco de la pareja o expareja puede utilizarse para ejercer el poder y cometer actos de violencia contra la madre, que es un tipo de violencia indirecta de género conocida en algunos Estados miembros como violencia vicaria;³¹. Como hemos expuesto, la violencia contra las mujeres es “una de las formas más graves de violación de los derechos humanos por razón de género en Europa que sigue estando rodeada de silencio”³², tal y como ocurre en los principales instrumentos de derecho internacional privado.³³

a) La asignación del cuidado y la autoridad parental en contextos patriarcales

24. Al final de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, se creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU con el objetivo de promover los derechos de la mujer. Sobre la base de sus trabajos, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 18 de diciembre de 1979, unos meses antes de la Convención de La Haya de 1980. En ese marco cultural, la ponente de la Convención, Elisa Pérez Vera, había expresado (*aliunde*) la filosofía que subyace al papel de la mujer en las sociedades del mundo: “No olvidemos que la discriminación de la mujer no es un problema de las mujeres, sino de una sociedad enferma que decidió escindir y prescindir del valor añadido que representa la inteligencia, la sensibilidad y el trabajo de la mujer”.³⁴

25. En este contexto, por temor a la presión de introducir cambios estructurales en la sociedad, muchos Estados se mostraron reacios a ratificar el Convenio de 1980³⁵. Entre ellos se encontraban los Estados islámicos, tal y como revelaron los esfuerzos internacionales para fomentar su adhesión al Convenio³⁶. Y es que la estructura social desarrollada por la *Sharia* contempla una división clara de los papeles respectivos del marido y la mujer para la familia³⁷. El hombre tiene que ocuparse de todo lo relacionado con el mantenimiento de la familia, por lo que debe proveer a la casa familiar de todas las necesidades diarias. Es responsable económicamente de todo y paga a la esposa³⁸, en la que ésta se

³¹ *Ibidem*.

³² Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

³³ C. RUIZ SUTIL, “La violence de genre/conjugale à l’égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l’Union européenne”, en <http://www.fiji-ra.fr/wp-content/uploads/2022/03/Rapport-dactivite-2020-FIJI.pdf> y P. Wautelet (dirs.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, en <http://hdl.handle.net/10481/75015>; “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, 2020, número 83, pp. 1-29. Esta autora también revisa las deficiencias del tratamiento con perspectiva de género en el ámbito de la extranjería y del asilo, *id.*, “Migraciones y discriminación por razón de género las distintas violencias contra las mujeres y niñas en las normativas de extranjería y de protección internacional”, *Revista española de derecho internacional*, 2021, Vol. 73, N° 2, pp. 417-423.

³⁴ Véase http://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,70916855&_dad=portal&_schema=PORTAL.

³⁵ Esta circunstancia se remedia sólo en parte por el número de instrumentos bilaterales promovidos y concluidos en este ámbito: el Acuerdo Bilateral entre Bélgica y Marruecos de 1981; los Acuerdos Bilaterales entre Bélgica y Túnez; entre Francia y Túnez; y entre Francia y Egipto de 1982; el Acuerdo Bilateral entre Francia y Marruecos de 1983; el Acuerdo Bilateral entre Francia y Argelia de 1988; el Acuerdo Bilateral entre Suecia y Túnez de 1994; el Acuerdo Bilateral entre Suecia y Egipto de 1996; el Acuerdo Bilateral entre Canadá y Egipto de 1997; los Acuerdos Bilaterales entre Canadá y Líbano; entre Francia y Líbano; y entre Australia y Egipto de 2000; el Acuerdo Bilateral entre EEUU y Egipto de 2003; el Acuerdo Bilateral entre Suiza y Líbano de 2005.

³⁶ Prel. Doc. No 7 de agosto de 2002 - Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States - a Research Paper, recuperado en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6233>.

³⁷ Con la expresión ley islámica me refiero a la ley islámica clásica, la *sharia*, seguida por suntes y chiíes y directamente aplicable en todos los países musulmanes. En la mayoría de estos Estados, el derecho nacional tiene una función meramente supletoria con respecto a la *sharia*, algo así como lo que ocurría en Europa en los tiempos del *ius commune*. See S. ALDEEB, A. BONOMI (eds), *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des orders juridiques occidentaux*. Zurich: Schulthess, 1999.

³⁸ Según D. GRAEBER, *A History of Debt*, 2011, la razón última de la dote, lo que el marido está pagando en realidad, es que los hijos de su mujer lleven su nombre, en sustancia le paga para que le dé una descendencia.

queda con su propio patrimonio, además de recibir una dote³⁹. La mujer no tiene ninguna responsabilidad financiera, aunque tiene el deber de obedecer a su marido. Esta obligación hace que el concepto de violación marital sea difícil de asimilar en los países islámicos⁴⁰. Recientemente, bajo la presión de las asociaciones islámicas de defensa de los derechos de la mujer, algunos tribunales de ciertos sistemas jurídicos nacionales la han admitido, pero estas sentencias siguen siendo excepcionales y la cultura social no parece haber asimilado esta idea⁴¹.

26. Al fin y al cabo, si la mujer tiene el deber de obedecer, ¿cómo puede oponerse a una petición de su marido? La misma dificultad lógica se aplica a la iniciativa del divorcio, que pertenece únicamente al marido. La esposa puede dirigirse al tribunal para obtener el divorcio (*kuhl' o kohl'*) por razones específicas, mientras que el marido puede divorciarse unilateralmente (*talaq o talâk*). En la sustracción transcultural de niños puede haber una doble frustración: la del marido, que esperaba una esposa obediente, instrumental para su descendencia; y la de la esposa, que se consideraba a sí misma como igual a su marido, y a su marido como un aliado en el cuidado diario de la familia, cada uno respetando la libertad, los deseos y la persona del otro. Cuando un hombre lleva a sus hijos a su país de origen, puede pensar que está ejerciendo un derecho legítimo que le pertenece por Ley, mientras que su comportamiento es percibido por la madre como un delito, tal y como se establece en su sociedad, en su cultura y en su ordenamiento jurídico.

27. El derecho musulmán establece una distinción entre el “cuidado” de los hijos (*hadana*) y la autoridad sobre los hijos (*wilaya*)⁴². La autoridad recae en el padre e incluye el deber de proporcionar apoyo económico, de forma exclusiva, durante toda la infancia, e incluso si el niño está al cuidado diario de su madre. Ciertamente, los hijos pueden seguir viviendo con ella tras la separación, el repudio o el divorcio. Este derecho al cuidado (*hadana*) incluye la posibilidad a decidir dónde desea residir con su hijo, siempre que su elección no impida al padre disfrutar del derecho de visita. A este respecto, el traslado de la residencia del niño al extranjero puede afectar de lleno al derecho de visita del padre, según las circunstancias del caso. Por ejemplo, un traslado internacional de Bratislava a Viena puede afectar mayormente al derecho de visita que un traslado interno de residencia de Moscú a Vladivostok. Ahora bien, el estilo de vida de la familia también es relevante. Si el padre es muy rico y viaja por todo el mundo, ya que es un aclamado cantante de ópera, será menos probable que el traslado de residencia de su hijo afecte a sus derechos de visita.

28. Asimismo, el “cuidado” otorgado a la madre es temporal y no siempre coincide con el tiempo que tarda el niño en alcanzar la mayoría de edad⁴³. Si se vuelve a casar, la madre pierde este derecho

³⁹ La esposa recibe una dote tanto en el momento de contraer matrimonio, como en el momento de su finalización por divorcio o muerte del marido. Esta segunda dote puede ser una condición para su supervivencia, una vez que cesa la obligación de manutención del marido.

⁴⁰ <http://www.slate.fr/story/188088/maroc-viol-conjugal-justice-loi>

⁴¹ B. MORGUE, *La Moudawana : les dessous d'une réforme sans précédent*. Les Cahiers de l'Orient. 2011/2 (N° 102), pp. 15-29, concluye, al presentar la reforma del derecho de familia marroquí que reconoce la igualdad de género: “Esta reforma se inscribe en una evolución social y política a nivel de todo el mundo musulmán. Los códigos de valores tradicionales siguen siendo elevados y la presión que ejerce la sociedad civil se hace cada vez más patente a nivel gubernamental. En este sentido, las dos reformas de *Moudawana* han supuesto la explosión de la sociedad civil marroquí, así como la multiplicación del número de asociaciones y organizaciones feministas. Se ha iniciado un proceso de desvinculación de las normas y valores tradicionales. Por otra parte, la religión ocupa un lugar indudable en las cuestiones familiares, siendo la familia un símbolo político, jurídico, social y religioso en Marruecos y en el mundo musulmán en general”. (énfasis añadido).

⁴² B. BOUKHARI, “La protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadhana)”, *Revue québécoise de droit international*, 2010, pp. 91-114, observando que los tribunales tunecinos utilizan el *ordre public* para garantizar que la hadhana se otorgue a la pareja de religión musulmana. Así, “cuando la custodia es otorgada por un tribunal extranjero a una madre no musulmana, la jurisdicción tunecina tiende a favorecer al padre tunecino”.

⁴³ Las opiniones legales islámicas sobre el momento en que cesa el derecho y el deber de la madre de cuidar al niño varían mucho en función de muchos factores. En Irán, la madre pierde el cuidado de los niños cuando cumplen 2 años y de las niñas cuando cumplen 7 años. En los Emiratos Árabes Unidos, la madre deja de cuidar a los niños a los 11 años y a las niñas a los 13. En Egipto, el cuidado de los hijos termina a los 15 años, pero puede prolongarse hasta los 21, lo que corresponde a la mayoría de edad. También puede durar hasta el final de los estudios universitarios o hasta el matrimonio. En Marruecos y Túnez, la madre pierde el cuidado cuando sus hijos alcanzan la mayoría de edad, que se fija en los 18 años. Véase Instituto Suizo

al cuidado parental. Es significativo que, si la progenitora no sigue la religión musulmana, muchos ordenamientos jurídicos de base islámica no le atribuyen ninguna *hadana*. En este sentido, la información sobre la cultura jurídica occidental en los países islámicos y sobre la cultura jurídica islámica en los países occidentales puede ser un instrumento importante para reducir el número de casos que caen dentro de este modelo de sustracción parental de menores debido al choque de civilizaciones. Mientras tanto, es importante recalibrar el funcionamiento del Convenio de 1980 para favorecer su aplicación por parte de los Estados. Los tiempos parecen óptimos para que esta consideración cultural promueva la mediación legal en este como en otros casos problemáticos de derecho de familia⁴⁴.

29. Uno de los supuestos de sustracción intercultural de menores que llamó la atención su resolución se refería a un padre saudí y una madre de origen kurdo que habían vivido en el Reino Unido durante muchos años, país del domicilio de origen de la familia. Ella tenía tanto la nacionalidad saudí como la británica. La familia también residía en Riad, pero pasaba varias semanas al año en Londres, en un piso de la madre. El padre, acostumbrado a viajar internacionalmente, había estado viviendo en Canadá y estaba autorizado a ejercer su profesión de médico cirujano en el Reino Unido. El hijo, nacido en América por razones médicas, había adquirido la nacionalidad estadounidense. Cuando cumplió dos años, como de costumbre, la progenitora fue a su apartamento de Londres, aunque decidió continuar sus estudios y se matriculó en un máster en dicha ciudad. Durante el primer año y medio de su estancia en Londres, el padre les visitó en dos ocasiones: una al cabo de seis meses y otra al final de ese año y medio, con ocasión de las vistas del procedimiento de divorcio iniciado por la madre. El tribunal observa que “es evidente que [el niño] ha sido cuidado diligentemente por la madre [...] el cuidador principal adecuado para [...] es su madre”.⁴⁵ A pesar de esta conclusión y de reconocer el riesgo de que el niño, si es devuelto a Arabia Saudí, pierda la educación “intercultural” de la que iba a disfrutar, se ordena su devolución a Arabia Saudí (con condiciones). También, la autoridad judicial observa que “los tribunales ingleses son astutos al reconocer que *hay muchos sistemas de derecho alternativos legítimos que abordan la cuestión de la custodia de los hijos de forma ajena al concepto inglés de la igualdad de derechos parentales, y que no adoptan nuestros criterios para resolver las cuestiones de residencia y contacto*. No cabe duda que millones de niños son criados bajo tales sistemas jurídicos. Por lo tanto, no corresponde a los tribunales ingleses negarse a devolver a los niños a cualquiera de esas jurisdicciones, a menos que algún factor poderoso en la ecuación del bienestar haga que sea contrario a sus mejores intereses”⁴⁶.

30. Los términos utilizados sugieren que existe un doble rasero cuando se trata de la igualdad de género. Por un lado, el funcionamiento del Convenio de 1980, concebido inicialmente para garantizar el retorno de un niño privado bruscamente *de* su principal cuidador y figura de referencia (frecuentemente las madres), se ajustó para cubrir los casos de traslados de los cuidadores principales, en un intento de garantizar la igualdad de género en la paternidad⁴⁷. Por otra parte, la *comitas gentium* y el deseo de una

de Derecho Comparado, Folleto sobre Derecho de Familia Islámico, disponible en línea en https://www.isdc.ch/media/1972/broschuere_islamisches-recht_a5_web_fr.pdf y Prel. Doc. No 7 de agosto de 2002 - Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States - a Research Paper, disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6233>.

⁴⁴ Por lo que respecta a la violación conyugal, la jurisprudencia italiana aborda el problema de reconocer que el delito tiene una “orientación cultural” sin renunciar a la función preventiva general del derecho penal italiano. Véase Cass. pen., 26.4.2011, n. 26153, Cassazione penale, 2012, p. 2962 ss., nota F. PIQUÉ, La subcultura del marido non elide l’elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l’imputabilità del reo; Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613, ilpenalista.it, 24.9.2018, nota L. GIORDANO, “La motivazione “culturale” della condotta può incidere sulla consapevolezza della sua illiceità penale?”. Los tribunales griegos han atribuido algunos efectos al divorcio unilateral por *talāk* dado que la disolución del vínculo puede ser en interés de la mujer divorciada. TPI Tesalónica, 17.7.2019, Nr. 8458/2019, informado por A. ANTHIMOS en <https://conflict-of-laws.net/2019/talaq-reloaded-repudiation-recognized-if-application-filed-by-the-wife/>. En Suiza, véase la propuesta de A. BÜCHLER, “Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse—or: beyond cultural and religious identity in family law”, *International Journal of Law in Context*, 2012, pp. 196–210.

⁴⁵ *Re J (a child) (return to foreign jurisdiction: convention rights)* [2004] EWCA CIV 417, punto 30.

⁴⁶ *Re J (a child) (return to foreign jurisdiction: convention rights)* [2004] EWCA CIV 417, punto 69. judgments on the legal systems of other sovereign nations.”

⁴⁷ Véase *infra* sobre *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010).

cooperación armoniosa entre los Estados llevaron al Tribunal inglés a desestimar el argumento de la desigualdad de género en la ley islámica. Evidentemente, el Tribunal no debió considerar que un entorno de desigualdad de género no era relevante en la crianza de un niño,⁴⁸ sino que otorgó prioridad a consideraciones erróneas de “*fair play*” político. Esto está claramente en consonancia con casos anteriores que expresan a todas luces “una evidente amenaza a la cortesía si un Estado cuyo sistema deriva de fundamentos judeocristianos condena un sistema derivado de un fundamento islámico cuando ese sistema es concebido por sus creadores y operadores para promover y proteger los intereses de los niños *dentro de esa sociedad y de acuerdo con sus tradiciones y valores*”⁴⁹. La decisión se basa en la “importancia de conceder a cada Estado la libertad de determinar el sistema y los principios de justicia familiar que considere apropiados para proteger al niño y servir a su interés superior”⁵⁰.

31. Si se examina con detenimiento, la declaración parece mucho más ofensiva hacia los ordenamientos jurídicos islámicos que el mensaje aparentemente neutral que transmite. Por un lado, las consideraciones políticas son, incluso menos que las morales, una cuestión que debe resolver el poder judicial. El tiempo del compromiso político ha terminado con la adopción del texto del Convenio de La Haya de 1980, cuyas difíciles negociaciones revelan el problema de conciliar los valores recientemente adquiridos por la tradición jurídica occidental con los ordenamientos jurídicos que todavía están pasando de una estructura social patriarcal a otra más equilibrada en cuanto al género (por ejemplo, los países islámicos, China, Corea del Sur, Japón, *etc.*)⁵¹. Por otra parte, el fundamento judeocristiano de la tradición jurídica occidental no se puede considerar como un baluarte de la igualdad de género en el derecho de familia. Tanto el judaísmo como el cristianismo promueven una idea patriarcal de la sociedad basada claramente en la dominación masculina. En cuanto al judaísmo, basta decir que hace unos años las organizaciones feministas laicas fueron calificadas como “el miedo del país” por un líder religioso en Israel.⁵² En relación al cristianismo, a pesar de las recientes revisiones de la exégesis del Nuevo Testamento y de su contribución histórica fundamental al introducir la necesidad de que las mujeres consientan en el matrimonio, la Iglesia católica es también una rica reserva de tradiciones misóginas.⁵³

⁴⁸ En la solución del caso descrito en el texto influyó probablemente la circunstancia de que el niño había nacido en el seno de una familia extremadamente rica. La decisión sugiere, de forma recurrente, que la madre había podido superar muchos de los límites ligados a su condición de mujer, gracias a su posición social. Sin embargo, la decisión también reconoce que la madre no podría obtener ningún permiso de traslado por parte de las autoridades saudíes y que el resultado, de haberse invertido la situación, no habría sido una orden de restitución.

⁴⁹ Véase *Re E (Abduction: Non-Convention Country)* [1999] 2 FLR 642, una decisión del Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), 24 de junio de 1999 recuperada de <http://www.incadat.com/ref.:HC/E/UKe589>; véase también Lord Collins en *AK Investment C/JSC v. Kyrgyz Mobil Tel Ltd* [2011] UKPC 7 [en 97] “La cortesía exige que el tribunal sea extremadamente cauteloso antes de decidir que existe el riesgo que el tribunal extranjero no haga justicia en el país extranjero, y por eso se requieren pruebas convincentes.”

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Japón ratificó el Convenio de La Haya de 1980 en 2014. Véase Y. NISHITANI, *The Hague Convention on International Child Abduction and Japan’s Move Toward Ratification*, AJISS-Commentary. 25 de octubre de 2011, observando: “Estados Unidos contabiliza 230 casos de sustracción de menores en relación con Japón desde 1994 (100 casos activos en enero de 2011), pero ningún niño ha sido devuelto hasta ahora con éxito.” Sobre la estructura de la sociedad japonesa y su rápida evolución, véase A. M. ARAJUO, *The “good wife and wise mother” pattern: gender differences in today’s Japanese society*. *Crítica Contemporánea—Revista de Teoría Política*. 2012, pp. 156–169 (on line https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7431/1/CC_Ara%C3%BAjo_2012n2.pdf); EDA, M. *What will it take for the world’s third-largest economy to empower women?* <https://www.weforum.org/agenda/2018/11/japan-needs-women-to-remain-the-worlds-third-largest-economy/>; M. LUERA, *No More Waiting for Revolution: Japan Should Take Positive Action To Implement The Convention On The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 2004, <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN93859.pdf>.

⁵² El Gran Rabino de Israel, Shlomo Amar, citado por R. HALPÉRIN-KADDARI, Y. YAACOV, *Between Universal Feminism and Particular Nationalism: Politics, Religion and Gender (in)Equality in Israel*. *Third World Quarterly*. 2010, pp. 905-920, www.jstor.org/stable/27896588. Consultado el 20 de mayo de 2021.

⁵³ Como recuerda E. BIANCHI (<https://combonianum.org/2015/10/23/la-chiesa-del-futuro-intervista-a-enzo-bianchi/>), la conciencia de la igualdad de dignidad entre mujeres y hombres es muy reciente en el cristianismo y aún debe adquirir una cierta herencia bíblica (en referencia a que San Pablo dice que las mujeres no deben hablar en absoluto en la asamblea de la iglesia y deben mantener la cabeza cubierta).

32. Esto quiere decir que no hay lugar, en la aplicación del Convenio de La Haya y del principio del interés superior del niño que promueve, para consideraciones políticas relacionadas con las *raíces del* derecho de familia de cada país. No obstante, sí hay mucho espacio para evaluar y prever si el niño será criado o no, con pleno y sustancial respeto de la igualdad de género en el caso concreto que se examina. No hay ninguna garantía de que un país de tradición jurídica occidental lo garantice, dado que la llamada “familia nuclear”, que abrió el camino a una sociedad basada en la igualdad real entre mujeres y hombres, es sólo una adquisición cultural muy reciente, en transición hacia modelos de sociedad más inclusivos. El recelo a adoptar actitudes políticamente correctas hacia un sistema jurídico en su conjunto parece fuera de lugar en un procedimiento en el que está en juego la vida de un niño y su familia. La probabilidad de que el menor se críe en un entorno familiar respetuoso con los derechos de la mujer debe evaluarse *en este caso*, ya que parece relevante en el contexto de la Convención de la ONU de 1989.

b) Violencia contra las mujeres

33. Al examinar la plétora de casos de sustracción transfronteriza de menores por sus progenitores, comprobamos que pueden ser el resultado de un enfrentamiento de género entre los padres. El modelo de “choque de civilizaciones” no es el único en el que la sustracción de menores asume una dimensión de género. Una concepción propietaria de la mujer, derivada de la antigua equiparación de la mujer y el niño como sujetos a la *patria potestad* masculina,⁵⁴ también está presente en las sociedades occidentales contemporáneas. Esto puede explicar tanto el secuestro por parte de un padre, en un intento desesperado de conservar “lo que le pertenece” como por parte de una madre, que desea escapar de la dominación de su pareja. Por desgracia, estos patrones caricaturescos siguen existiendo en la actualidad.⁵⁵ La frecuencia e importancia de los actos violentos llevados a cabo por ex parejas masculinas contra “sus mujeres” ha llevado a que muchos ordenamientos jurídicos creen un delito específico de feminicidio⁵⁶. La violencia contra las mujeres, posibilitada por la diferencia de fuerza física entre hombres y mujeres, es también el resultado del papel comparativamente subordinado del género femenino en la sociedad. Las diferencias en los salarios, los puestos y la división del trabajo doméstico existen en todas las clases sociales y todavía requieren políticas gubernamentales adecuadas para mejorar la situación de muchas mujeres, de hecho, son la mayor parte de población del planeta⁵⁷.

⁵⁴ Véase P. VEYNE, “Les noces du couple romain”, in *Amour et sexualité en Occident*, 1991, pp. 165-175. Véase también la afirmación de A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, p. 186, en la antigua concepción romana, la familia pertenecía al paterfamilias “igual que la cosa al propietario”.

⁵⁵ M. KAYE, “The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being Returned by Coach and Four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*. 1999, pp. 191, 194; M. H. WEINER, “The Potential and Challenges of Transnational Litigation for Feminists Concerned About Domestic Violence Here and Abroad”, *Journal of Gender, Social Policy & The Law*. 2003, pp. 749-800; S. YAMAGUCHI, T. LINDHORST, “Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S.”, *Policy. Journal of International Women’s Studies*, 2016, pp. 16-30. Disponible en: <http://vc.bridgew.edu/jiws/vol17/iss4/2>; T. E. KVISBERG, “Child Abduction Cases in the European Court of Human Rights - Changing Views on the Child’s Best Interests”, *Oslo Law Review*, 2019, pp. 90-106.

⁵⁶ Ver la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *González et. Al. (“campo Algodenaro”) v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa*, Sentencia de 16 noviembre de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf en la que se responsabiliza a México por la violación de los derechos de las mujeres y las niñas en relación con el asesinato de tres mujeres jóvenes, dos de ellas menores de edad. Ver R. Manjoo, *United Nations Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences*. 2011; C. MARIE “Condamner le féminicide sans le nommer”, *Travail, genre et sociétés*. 2020, pp. 161 -165; L. Leturmy, “Faut-il créer une infraction de féminicide dans le Code pénal ?” In *Légalité, légitimité, licéité, Mélanges en l’honneur du professeur Jean-François Seuvic*. Nancy, 2018, p. 318; L. R. Fregoso, C. Bejarano, *Terrorizing women: Feminicide in the Americas*. 2020; H. Dayan, *A socio-legal deconstruction of homicide victims and perpetrators: Israeli femicide case law. Aggression and violent behaviour* (Elsevier). 2020 p. 52. En Italia se creó una comisión parlamentaria con el nombre de “Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere”. Véase Cass. Pen., 7.1.2010, (ud. 7.1.2010, dep. 10.2.2010), n. 5386 e multis, denunciando una “concezione “proprietaria” della donna ormai non più accettabile nella società moderna”.

⁵⁷ “Con una puntuación de 67,9 sobre 100, a la UE le faltan al menos 60 años para alcanzar la plena igualdad de género. El Índice de Igualdad de Género del EIGE muestra que los avances en materia de igualdad de género siguen avanzando a paso

34. La consecución de la igualdad de derechos parentales por parte de los progenitores, en un contexto en el que se estima que la violencia contra las mujeres afecta al 45% de las mujeres, puede tener el trágico efecto colateral de aumentar la desigualdad de género en lugar de disminuirla.⁵⁸ La tendencia a optar cada vez más por la custodia compartida en nombre de la igualdad de género obliga a los padres a mantener una relación tras la ruptura, lo que no siempre cuadra -como debería- con el interés superior del menor. En particular, es urgente una evaluación clara de que no puede haber ningún interés para el niño en mantener una relación con un progenitor violento, y debería sustituir la política actual consistente en permitir dicha relación sujeta a medidas de protección⁵⁹. En estas situaciones, la oportunidad de que el niño “mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de forma regular” debería estar sujeta específicamente a una evaluación seria del “interés superior del niño”, de conformidad con el artículo 9.3 de la Convención de la ONU de 1989, y a una evaluación igualmente seria “de la conveniencia de la continuidad en la educación del niño y de su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”, de conformidad con el artículo 20 de dicha Convención.

35. La neutralidad respecto de ambos progenitores puede resultar injusta para el niño, cuyo derecho a mantenerse en contacto con ambos progenitores no debe prevalecer sistemática o automáticamente sobre la consideración primordial de su interés superior según el artículo 3(1)⁶⁰ así como: el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, según el artículo 3(2); el derecho a la vida y al desarrollo, según el artículo 4; el derecho a ser atendido por figuras que tengan como preocupación fundamental su interés superior, según el artículo 18; el derecho a ser protegido contra “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”, según el artículo 19; el “derecho a una vida plena y decente, en condiciones que aseguren la dignidad, promuevan la autosuficiencia y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”, especialmente afirmado por el artículo 23 para los niños discapacitados, pero ciertamente no limitado a ellos, etc.

36. El marco legal existente los coloca en una situación imposible, en un doble aprieto: tienen que garantizar, al mismo tiempo, su seguridad y la de sus hijos, pero también asegurar que su prole espacio disfrute de una relación satisfactoria con su padre⁶¹. En los casos de violencia, en el momento de la separación de la pareja, se observa que los hombres siempre se creen perjudicados y se vuelven legalistas, quisquillosos, con prisa para terminar la relación para aprovechar que su víctima se predispone a hacer cualquier concesión. El chantaje y la presión se ejercen a través de los hijos, cuando están presentes⁶². En estos casos, hay que plantearse “una reorientación más clara del esfuerzo profesional en responsabilizar a los hombres de su comportamiento y en intentar que se comprometan como padres de

de tortuga, con una mejora media de apenas medio punto cada año.” Véase el Índice de Igualdad de Género 2020 del Instituto Europeo de la Igualdad de Género en <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/about>

⁵⁸ “Las cifras de todas las formas de violencia, incluido el acoso, llegan al 45%. La mayoría de estos actos violentos son llevados a cabo por los hombres en su entorno social inmediato, más a menudo por sus parejas y ex parejas”. Véase el apartado 2 del informe explicativo del Convenio de Estambul, 11.V. 2011. Las cifras son confirmadas por el informe de la FRA de 3 de marzo de 2014 titulado “Violence against women: an EU-wide survey”, según el cual un “estimado 22 % de las mujeres ... experimentó violencia física y/o sexual, y el 43 % ... experimentó violencia psicológica por parte de su pareja”. Véase la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y los derechos de custodia en las mujeres y los niños(2019/2166(INI)) de 4.2.2021.

⁵⁹ Véase infra en 1.C).

⁶⁰ La citada Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y los derechos de custodia en las mujeres y los niños reconoce explícitamente que “considerando que la custodia compartida en situaciones de violencia de pareja expone a las mujeres a un continuo de violencia evitable, al obligarlas a permanecer en la proximidad geográfica de sus maltratadores y someterlas a una mayor exposición a la violencia física y psicológica, así como al abuso emocional; considerando que, en los casos de violencia de pareja, el derecho de las mujeres a ser protegidas y a vivir una vida libre de violencia física y psicológica debe prevalecer sobre la preferencia por la custodia compartida”.

⁶¹ M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, *The British Journal of Social Work*, 2011, Vol. 41, No. 5, pp. 837–853.

⁶² Traducido libremente de D. CHINDEMI, V. CARDILE, “Violenza psichica endo-familiare, plagio della vittima e rimedi terapeutici”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2007, pp. 679-703 en p. 701.

forma que satisfagan las necesidades de los niños”⁶³. Cuando esto es imposible, la huida, incluso caracterizada como sustracción, puede convertirse - en realidad - en un ejercicio responsable de los deberes parentales, especialmente cuando se opone a la mala conducta del otro “propietario” de un título legítimo sobre el niño ⁶⁴. Lograr una igualdad sustancial de los derechos parentales para hombres y mujeres requiere abordar la compleja realidad de estas situaciones.

37. Una mujer británico-australiana vivía con un hombre australiano y con su hijo común en Sidney. El padre había sido adicto a la heroína en el pasado y seguía luchando contra la dependencia de sustancias. La madre, por su parte, había sufrido ansiedad y depresión y había estado bajo medicación y tratamiento. La madre logró obtener una orden de protección contra la violencia de su compañero. Finalmente voló a Inglaterra con su hijo de 2 años, sin el consentimiento del padre ni la autorización de un tribunal australiano. El traslado violaba claramente los derechos de custodia del padre según la legislación australiana y era ilícito conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya. En primera instancia, el juez inglés se había negado a ordenar la restitución de la menor a Australia sobre la base del artículo 13(b) del Convenio de La Haya, a la luz de la constatación de que la restitución “probablemente causaría una depresión clínica, lo que a su vez podría disminuir su apego seguro a [la menor]”. El Tribunal de Apelación revocó la decisión y ordenó la devolución inmediata del menor, pero el Tribunal Supremo de Inglaterra estimó por unanimidad el recurso de la madre declarando: “La cuestión crítica es qué ocurrirá en caso de devolución si, al regresar, el progenitor sufre tales ansiedades que los efectos en la salud mental creará una situación intolerable para el niño que retornó. Entonces el niño no debería ser devuelto. No importa si las ansiedades del progenitor serán o no razonables “. El Tribunal Supremo inglés también observó que “las medidas de protección provisionales ofrecidas por el padre en caso de retorno a Australia no evitarían el grave riesgo para [el menor]”⁶⁵.

B) El “derecho a determinar la residencia del menor”: ¿título legal o parte del deber de cuidar al niño?

38. El Convenio de La Haya de 1980, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, subrayan la importancia que tiene para el niño la continuidad de los cuidados diarios que recibe en un entorno determinado por parte de la persona que atiende sus necesidades para que, una vez adulto, pueda alcanzar su pleno potencial. El supuesto subyacente es que al niño le conviene no quedar traumatizado por una privación repentina de la figura referencial responsable de su entorno: “la conducta en cuestión es la que *modifica las relaciones familiares* [...] utilizando al niño y convirtiéndolo así en instrumento y víctima principal de la situación”. En este contexto, la referencia a

⁶³ J. DEVANEY, “Chronic child abuse and domestic violence: children and families with long-term and complex needs”, *Child and Family Social Work*, 13(4), 2008, pp. 443-53, p. 452. M. ERIKSSON, M. HESTER, “Violent Men as Good-Enough Fathers? A Look at England and Sweden”, *Violence Against Women*, 7(7), 2001, pp. 779-98.

⁶⁴ La bibliografía sobre la sustracción de menores en contextos de violencia contra la mujer es tan amplia como, por desgracia, la jurisprudencia, véase el proyecto “Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings: Intersection between Domestic Violence and Parental Child Abduction” recuperado en <https://research.abdn.ac.uk/poam/resources/reports/>. B. QUILLEN, “The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *Texas International Law Review*, 2014, p. 621; M. FREEMAN, N. TAYLOR, “Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 Hague child abduction convention”, *Political Science*. 2020, pp. 154-175 “Cuando se reconoce que el maltrato al niño puede producirse a través de la violencia entre los progenitores, es evidente el carácter centrado en el niño de la no devolución del niño al estado de residencia habitual. Por supuesto, es totalmente posible que un niño que está separado de uno o ambos padres mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular, incluso cuando residen en países diferentes, y el derecho a hacerlo en el artículo 9 está, en sí mismo, sujeto a que el interés superior del niño sea atendido por dicho contacto (artículo 9.3)” (énfasis añadido).

⁶⁵ *Re S (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, [2012] UK Supreme Court 10,9, High Court, Family Division, [2011] EWHC 2624 (Fam), de fecha 30 de agosto de 2011; Court of Appeal (Thorpe, Longmore and McFarlane LJ), [2011] EWCA Civ 1385, de fecha 14 de diciembre de 2011.

los niños “retenidos indebidamente” pretende abarcar aquellos casos en los que el menor, con el consentimiento de la persona que normalmente tiene su custodia, *se localiza en un lugar distinto al de su residencia habitual y no es devuelto por la persona con la que se encontraba*”.⁶⁶

39. En este contexto, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980 se basa en el principio de que la custodia -entendida como el cuidado real de un niño- incluye entre los diversos deberes y “derechos relativos al *cuidado de la persona del niño*”, aunque también “el derecho a determinar el lugar de residencia del niño”. En este marco, la situación de una madre que se hace cargo de su hijo, cuando trasladada su residencia al extranjero, ejerciendo su libertad de circulación, junto con sus responsabilidades materno-filiares del cuidado del menor, no esperaba que fuera acusada de “sustracción de menores” bajo el régimen del Convenio de La Haya de 1980. Desde nuestro punto de vista, una interpretación autónoma de los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya es que tuvieran en cuenta la necesidad de dar a las palabras empleadas una interpretación con coherencia y uniforme no habría conducido a este resultado.

a) Noción de “Custodia”

40. El caso *Abbott v. Abbott* [130 S.Ct. 1983 (2010)] consolida una interpretación del Convenio de La Haya de 1980, que parece claramente contraria a su función original. Un niño nacido en los Estados Unidos vive temporalmente en Chile con sus padres, siendo la madre también ciudadana estadounidense y el padre de nacionalidad británica. Sus progenitores fueron expatriados allí a raíz de una oportunidad laboral del padre, astrónomo de profesión. Como ninguno de ellos tenía un verdadero apego a Chile, en el momento de su separación su deseo común era “volver a casa” con el niño. Este temor mutuo había llevado a ambos a solicitar a las autoridades chilenas “órdenes de no retorno” en relación con el menor. En Chile, la madre estaba a su cargo -lo tenía en custodia-, mientras que el padre tenía el derecho de visita, “incluyendo visitas cada dos fines de semana y durante todo el mes de febrero de cada año”. No existiendo razón alguna para continuar en Chile, la madre preparó su regreso a “su casa” y se instaló en Texas con el niño, violando la “orden de no *exeat*”.

41. El juez Kennedy transformó artificialmente la “prohibición de salida” chilena en un “derecho de custodia”, subvirtiendo así el significado de la custodia y la ilicitud en el Convenio de La Haya de 1980. Al calificar la orden de *ne exeat* obtenida por el padre como un derecho de custodia, el traslado puede considerarse ilícito, lo que permite ordenar la devolución del menor. Los comentaristas más autorizados acogieron con satisfacción la inversión del significado original de “custodia” y de “ilícito” en el Convenio de La Haya de 1980, por dos razones discutibles. La primera se refiere a la evidente disparidad de la protección de los derechos de custodia y los derechos de visita en su marco jurídico. Desde la perspectiva de un adulto, parecía desigual conceder una protección casi exclusiva a uno de los progenitores -el que tiene la custodia- en comparación con el otro - al que se le otorga el derecho de visita-.⁶⁷ En la medida en que dedicaba 12 artículos a la protección del primero (artículos 8 a 20) y sólo uno a la protección del segundo, se afirmó que el Convenio de La Haya de 1980 necesitaba un ajuste a favor del progenitor investido de derechos de visita - normalmente el padre⁶⁸.

⁶⁶ Véase el considerando 57 del Informe Pérez-Vera.

⁶⁷ Véase el debate en Suiza con vistas a la reforma del derecho de custodia: M. ANTOKOLOSKAJA, “Shared Residence from a Comparative Perspective: A Solomon’s Judgement New-Style”, en A. BÜCHLER, M. MÜLLER-CHEN (des) Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag. 2011, p. 81; C. BRUCH, “The promise and perils of a Protocol to the 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *ibid.*, pp. 237-249; A. BUCHER, “Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, La famille dans les relations transfrontalières”, Symposium en droit de la famille, 2013, pp. 1-68 criticando la degradación del derecho de custodia.

⁶⁸ L.J. SILBERMAN, “The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe- Abbott, Neulinger, Zarraga”, *Oklahoma Law Review*. 2011, Vol. 63, p. 733.

42. La segunda razón se refiere al argumento de la “discriminación inversa” de los padres en los procedimientos relativos a los hijos⁶⁹. El valor de ambos argumentos decae en cuanto cambiamos el enfoque de la perspectiva del adulto a la del niño. En consonancia con el Convenio de La Haya de 1980 y la CDN de la ONU de 1989, que estaban -y siguen estando- centrados en la persona del menor, resulta fácilmente comprensible que la importancia de garantizar la continuidad en la respuesta a sus necesidades cotidianas fundamentales y que tenga prioridad sobre la garantía de las relaciones del niño con ambos padres⁷⁰. Así lo subraya Pérez-Vera en su informe, en la página 65, donde recuerda que “los problemas que pueden derivarse de la vulneración del derecho de visita, especialmente cuando el niño es trasladado al extranjero por su custodia, se plantearon durante la decimocuarta sesión”; sin embargo, “la opinión mayoritaria fue que tales situaciones no podían ponerse en la misma categoría que el traslado ilícito que se pretende evitar”.⁷¹

43. En su origen, el mecanismo de restitución se configuró teniendo en cuenta los recursos previstos por el derecho continental para proteger la posesión de *buena fe*. En el modelo previsto por la protección posesoria de origen romano, no es necesario evaluar quién es el legítimo propietario para reintegrar a un poseedor *de buena fe* tras un expolio. El recurso a la protección posesoria se concede tras una evaluación *prima facie* de una posesión pacífica anterior con la tolerancia de los demás.⁷² En consecuencia, el Convenio de La Haya de 1980 se refiere a “los derechos de custodia que, *prima facie*, se ejercían legítimamente y de hecho”. Asimismo, el informe Pérez-Vera señala que “el Convenio no se ocupa de la ley aplicable a la custodia de los niños. De hecho, las referencias a la ley del Estado de la residencia habitual del niño tienen una importancia limitada, ya que la ley en cuestión sólo se toma en consideración para establecer el carácter ilícito del traslado”⁷³.

44. El Convenio de La Haya de 1980 pretendía restablecer el *statu quo* en los casos en que el niño había sido sacado bruscamente de un entorno pacífico en el que solía ser cuidado con la tolerancia del otro progenitor⁷⁴. En lugar de dar a los artículos 3 y 5 una interpretación autónoma y uniforme, cen-

⁶⁹ N.L. BROWNE, “Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic Violence Victims and Left-Behind Fathers Under the Hague Convention on International Child Abduction”, *Duke Law Journal*. 2011, pp. 1193-1238.

⁷⁰ Véase *Hunter v Murrow* [2005] England and Wales Court of Appeal Civil Division 976: “Los casos de este tribunal que defienden el límite entre el artículo 5(a) y 5(b) del Convenio son, más recientemente, *Re: V - B (Abduction: Custody Rights)* [1999] 2 FLR 192 y en *Re: P (Abduction Consent)* [2004] 2 FLR 1057. En ambos casos, la sentencia principal fue dictada por Ward LJ. En el primero de estos casos dijo en el punto 198 H: - “Me parece, por lo tanto, que el enfoque adecuado para la consideración de si los derechos del padre equivalen o no a derechos de custodia es considerar la expresión en sentido amplio, tratando de darle un significado universal pero que preserve la distinción esencial entre, por un lado, los derechos de custodia que sólo deben ser modificados por los tribunales de la residencia habitual del niño, para cuya consideración el niño debe ser devuelto rápidamente, y, por otro lado, los derechos de visita, cuya protección no requiere un recurso tan draconiano y que pueden ser salvaguardados en el país al que los niños habrán sido trasladados legalmente y no de forma ilícita.”

⁷¹ *Ibid.* párrafo. 65.

⁷² *Ibid.* párr. 120, con referencia a la posibilidad de pedir ayuda a las Autoridades Centrales para determinar dicha legitimidad. Véase, a este respecto, Holman J. en *Re C (Abduction: Consent)* [1996] 1 F.L.R. 417; *P (A Child)* [2004] EWCA Civ 791

⁷³ *Ibid.* en 36.

⁷⁴ *Ibid.* en 72, donde se señala que el “enfoque [...] del Convenio [...] se apartó del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio puso su énfasis en la protección del derecho de los niños a que se respete la estabilidad que es tan vital para ellos. En otras palabras, el Convenio protege el derecho de los niños a que no se alteren los aspectos emocionales, sociales, etc. de sus vidas, a menos que existan argumentos legales que garanticen su estabilidad en una nueva situación. Este enfoque se refleja en el ámbito de aplicación del Convenio, que se limita al derecho de custodia efectivamente ejercido. Además, esta noción se justifica en el marco de las relaciones internacionales por un argumento complementario que se refiere al hecho de que en este contexto particular surgen con bastante frecuencia decisiones contradictorias, que en el fondo son poco útiles para proteger la estabilidad de la vida del niño”. (énfasis añadido). Véase, a este respecto, <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0275.htm>; Full Court of the Family Court of Australia (Brisbane); Appellate Court]. *The Director General, Department of Families, Youth and Community Care v. R. Bennett* [2000] Fam CA 253 “el texto elaborado por la Primera Comisión (al igual que el Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial) había limitado las posibles excepciones a la norma relativa a la restitución del menor a una consideración de las situaciones de hecho y de la conducta de las partes o a una evaluación específica de los intereses del menor. [Si se admite] la posibilidad de que se deniegue la restitución de un menor sobre la base de argumentos puramente jurídicos extraídos del derecho interno del Estado requerido, un derecho interno que podría entrar en juego en el contexto de la disposición citada, ya sea para “evaluar” la lucha reclamada

trada en el concepto de “custodia” entendido como “cuidado diario”, se están interpretando mediante el Derecho internacional privado, con lo que la búsqueda de la ley aplicable al “derecho a determinar la residencia del menor” hace depender la ilicitud del contenido de la norma aplicable a la patria potestad.⁷⁵ Este cambio en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha creado importantes escollos. En vez de observar “quién cuida del niño”, se prestó atención a “quién es el titular del título legal para determinar dónde debe residir el niño”, lo que motivó a que el mismo comportamiento se caracterizara de forma diferente, según la ley aplicable⁷⁶.

45. Además, este cambio parece legitimar un retroceso a la antigua idea de los niños como propiedad de los padres (basada en un título legal), que es precisamente el mal que el Convenio de La Haya de 1980 pretendía eliminar. En consecuencia, una limitación desproporcionada de la libertad de circulación del progenitor que se hace cargo del niño afecta cada vez más a la vida de los menores. La asimilación de las violaciones de los derechos de visita a las de los “derechos de custodia”, siempre que existiera un “derecho de veto” del progenitor no custodio en la ley aplicable a los derechos de custodia, también ha ocasionado la ampliación de la noción de sustracción. En consecuencia, dicha ampliación de la noción revierte en la necesidad de introducir excepciones a la restitución, haciendo que éstas fueran “menos excepcionales” de lo que se pretendía en un principio.

En otras palabras, se quiere decir lo siguiente: hoy en día, dentro de la noción de “sustracción de menores”, no sólo se incluyen los casos en los que un menor es retirado del entorno familiar constituido por su progenitor principal de referencia, sino también los casos en los que un menor transfiere su residencia con su progenitor principal de referencia.

46. Los casos de sustracción de menores del entorno familiar rara vez están motivados por la necesidad de proteger al menor del peligro, por lo que sólo excepcionalmente puede invocarse el artículo 13(1)b. En cambio, los casos de traslado ilegal de la residencia del menor con la del progenitor principal de referencia están motivados con mucha más frecuencia por el deseo de escapar de una situación de violencia contra la mujer. Por lo tanto, en estos casos, será más frecuente la necesidad de invocar el artículo 13(1)b. Por tanto, la ampliación del concepto ha tenido el efecto de perjudicar potencialmente la eficacia del mecanismo de devolución, ya que exigía una interpretación igualmente amplia para poder defender la no devolución⁷⁷.

por el progenitor desposeído o para valorar si la acción del sustractor estaba fundada en derecho [...] la estructura del Convenio [se vería considerablemente alterada]”.

⁷⁵ Cabe recordar que, en 2010, el TJUE declaró explícitamente en el asunto C-400/10 PPU, J. McB. V. L. E. , ECLI:EU:C:2010:582, en el párrafo. 41, que: “Dado que el “derecho de custodia” se define así en el Reglamento nº 2201/2003, se trata de un concepto autónomo e independiente del Derecho de los Estados miembros. De la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad se desprende que los términos de una disposición de dicho Derecho que no hace referencia expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance deben recibir normalmente una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, habida cuenta del contexto de la disposición y del objetivo perseguido por la normativa en cuestión (sentencia C-66/08, *Kozłowski*, Rec. 2008, p. I-6041, apartado 42 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, a efectos de la aplicación del Reglamento nº 2201/2003, el *derecho de custodia incluye, en todo caso, el derecho de la persona titular de dicho derecho a determinar el lugar de residencia del menor.*” (énfasis añadido).

⁷⁶ En muchas jurisdicciones, la responsabilidad parental de los padres no casados depende del acuerdo de la madre o de una orden judicial. Esto hace que la situación de los padres no casados sea diferente según la ley aplicable a la responsabilidad parental. Véase, por ejemplo, <http://www.incatat.com/> ref.: HC/E/UKe 6 [25/03/1998; High Court (England); First Instance] *Re W. (Child Abduction: Unmarried Father)* [1999] Fam 1, [1998] 2 FLR 146, [1998] Fam Law 452.

⁷⁷ La introducción de un mecanismo draconiano en el Convenio de 1980 responde a dos objetivos que el Convenio de La Haya de 1980 pone en pie de igualdad: la protección del niño víctima de la sustracción y la prevención general de las sustracciones de niños. Así, se prevé un mecanismo poderoso con la esperanza de que funcione como elemento disuasorio. El mismo mecanismo se vuelve peligroso cuando se aplica a casos no extremos, en los que “razones objetivas que tienen que ver con su persona, o con el entorno con el que está más estrechamente relacionado” justifican el traslado. “Por lo tanto, el Convenio reconoce la necesidad de ciertas excepciones a las obligaciones generales asumidas por los Estados de garantizar la pronta restitución de los niños que han sido trasladados o retenidos ilegalmente. En su mayor parte, estas excepciones no son más que ilustraciones concretas del principio demasiado vago por el que se afirma que el interés del menor es el criterio rector en este ámbito” (Informe Pérez-Vera). En estos casos, “una decisión de no restitución del menor puede vulnerar sus derechos fundamentales en la misma medida que una decisión de restitución”, I. PRETELLI, “Child Abduction and Return Proceedings”,

b) Persistencia de la diferencia entre el cuidado diario y la responsabilidad legal

47. El hecho de trasladarse no es, *per se*, una violación del derecho del niño a mantenerse en el entorno en el que se ha criado durante un tiempo determinado. El supuesto subyacente es que la parte más importante del entorno del niño en la primera infancia está representada casi exclusivamente por su cuidador principal. Por esta razón, y posiblemente como reacción a la influencia legal del precedente establecido por *Abbott contra Abbott*, Austria ha admitido inequívocamente que:

(“1) En la medida en que el cuidado y la crianza lo requieran, el progenitor autorizado *tendrá también derecho a determinar el paradero del niño*. Si éste se encuentra en otro lugar, las autoridades y los órganos del servicio de seguridad pública, a petición de un progenitor autorizado, ayudarán a determinar el paradero del menor y, en caso necesario, también a recuperarlo.

(2) Si los padres se han puesto de acuerdo o el tribunal ha determinado cuál de los progenitores custodios va a cuidar del niño principalmente en su hogar, *ese progenitor tendrá el derecho exclusivo de determinar el lugar de residencia del niño*.

(3) Si no se ha determinado en qué hogar se va a cuidar principalmente al niño, el lugar de residencia del niño sólo podrá trasladarse al extranjero con el consentimiento de ambos progenitores o la autorización del tribunal. Al decidir sobre la autorización, el tribunal tendrá en cuenta tanto el *interés superior del niño como los derechos de los padres a la protección contra la violencia, la libertad de circulación y la libertad de ocupación*.⁷⁸

48. El derecho a tomar decisiones sobre el niño debe tener en cuenta cuál de los progenitores es responsable del cuidado diario del niño. Antes del desarrollo de la Convención, ninguna tradición jurídica atribuía el “derecho a determinar la residencia del niño” a una persona distinta de la que acogía al niño en su casa y lo cuidaba diariamente. Evidentemente, la decisión sobre la residencia del menor, sin dejar de ser libre, debe cumplir con la limitación de no elegir una residencia que impida al otro progenitor tener cualquier contacto con el menor. Sin embargo, tal y como están las cosas, cada uno de los padres se ha convertido en rehén del otro en lo que respecta a su libertad de movimiento⁷⁹. Ya hemos visto la distinción que hace el derecho islámico entre *hadana* -que debe considerarse como el cuidado real del niño en respuesta a sus necesidades diarias- y *wilaya* -el derecho a tomar decisiones por el niño-. La misma separación de roles está presente, por ejemplo, en Japón, donde la autoridad para gestionar los asuntos legales y los bienes del niño - *Shinken* - puede ser retenida por uno de los progenitores, mientras que al otro se le adjudica el cuidado, control y educación del niño - *Kangoken*⁸⁰. En Suiza, después de que se afirmara *obiter* que no tiene sentido ejecutar una orden de restitución contra una “madre sustractora” si las autoridades del Estado del que se ha trasladado al menor le conceden la custodia,⁸¹ el artículo 5 de la Ley federal suiza “sobre la sustracción internacional de menores y los Convenios de La Haya sobre la protección de menores y adultos”, del 21 de diciembre de 2007, califica de “situación intolerable” lo siguiente “a. la colocación con el progenitor que presentó la solicitud no responde manifiestamente al in-

Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, Legal affairs, ‘Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings’, pp. 4–14 and “Original Aporiae in the 1980 Child Abduction Convention and in the Brussels II System”, *iFamZ*. 2019, pp. 275–279.

⁷⁸ Véase § 162 del Código Civil austriaco (ABGB) tras la *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 - Kind-NamRÄG 2013*, BGBl. I Nr. 15/2013 y el informe explicativo: 2004, der Beilagen XXIV. GP, Regierungsvorlage, Vorblatt und Erläuterungen, p. 23: „Wenn und sobald die Eltern eine Vereinbarung getroffen haben, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt hauptsächlich betreut oder das Gericht die Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils festgelegt hat, soll diesem Elternteil nach § 162 Abs. 2 des Entwurfs das alleinige Wohnbestimmungsrecht zukommen. Esto también se aplica a la verificación de las viviendas en el extranjero”. Véase U. ZARTLER, J. HIERZER, “Efforts to cut the Gordian knot. A sociological analysis regarding legal aspects of post-divorce parental responsibility”, en U. ZARTLER, V. HEINZ-MARTIN, O. ARRÁNZ-BECKER, *Family Dynamics after Separation A Life Course Perspective on Post-Divorce Families*. 2015, p. 219-234.

⁷⁹ Basta con decir que el ordenamiento jurídico italiano exige, para expedir el pasaporte a uno de los progenitores, el consentimiento por escrito del otro.

⁸⁰ Véase C.P.A. JONES, F.S. RAVITCH, *The Japanese Legal System*. 2019, pp. 3017–310, pp. 3017-310.

⁸¹ ATF 130 III 530 ss, 534 aprobado por A. BUCHER, “The new Swiss Federal Act on International Child Abduction”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 139–165, p. 160. Véase también la decisión del ATF de 13 de septiembre de 2001, 5P.160/2001/min.

terés superior del niño; b. el progenitor sustractor no está, dadas todas las circunstancias, en condiciones de ocuparse del niño en el Estado en el que éste tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción o si esto no puede exigirse razonablemente a este progenitor [...]⁸².

49. En resumen, el cuidado diario del niño ha incluido siempre, por definición, el derecho a elegir libremente una residencia, siempre que la elección no prive al niño de una relación familiar.⁸³ El texto del Convenio de La Haya de 1980 también se basó en las premisas de esta distinción. A este respecto, las limitaciones al derecho de libre circulación de los padres deben respetar el principio de proporcionalidad. Aun reconociendo la progresiva difusión de la custodia compartida, el informe Pérez-Vera mantiene un concepto de ilicitud que se basa claramente en la subversión del entorno del menor y no en la necesidad de proteger al titular de un título jurídico sobre el menor.⁸⁴

III. El interés superior del niño frente a la confianza mutua de los Estados miembros de la UE

50. El deseo de mejorar las normas de La Haya de 1980 sobre la sustracción de menores impulsó la segunda y tercera refundición del Reglamento de Bruselas II⁸⁵. A raíz de una iniciativa francesa, se incluyó una sección sobre la sustracción de menores en dicho texto⁸⁶. A consecuencia de las preocupantes estadísticas sobre los resultados de los procedimientos de restitución en lo que respecta a los niños franco-alemanes, el Reglamento 2201/2003 de la UE reformuló el mecanismo de restitución para los casos intracomunitarios⁸⁷. La frecuencia de las órdenes de no devolución llamó la atención sobre un problema bastante recurrente en la aplicación de los tratados y declaraciones sobre derechos humanos. Lamentablemente, cuando se ratifican instrumentos multilaterales de protección de los derechos humanos, los Estados parecen estar motivados -al menos en parte- por el deseo de salvaguardar su reputación internacional y no siempre se comprometen realmente a aplicarlos⁸⁸. A este respecto, tras la ratificación

⁸² La letra c del artículo 5 exige la consideración adicional del acogimiento familiar como alternativa en el interés superior del niño.

⁸³ Véase, por ejemplo, TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No 31679/96, 25 de enero de 2000, ECHR2000-I 241, s 106; *Sylvester v. Austria*, App. Nos 36812/97 y 40104/98, 24 de abril de 2003, pts 58, 68-72; *HN v. Polonia*, App. No 77710/01, 13 de septiembre de 2005, pts 72-5, 80-83.

⁸⁴ Véase el párrafo. 71 del informe Pérez-Vera «Ahorá bien, desde el punto de vista del Convenio, el traslado de un niño por uno de los cotitulares sin el consentimiento del otro, es igualmente ilícito, y esta ilicitud se deriva en este caso concreto, *no de una acción que infrinja una ley particular*, sino del hecho de que dicha acción ha ignorado los derechos del otro progenitor que también están protegidos por la ley, y ha interferido en su ejercicio normal [...]...] Pretende, más sencillamente, *evitar que una decisión posterior sobre el asunto se vea influida por un cambio de circunstancias provocado por la acción unilateral de una de las partes*” (traducción mía).

⁸⁵ K. BOELE-WOELKI, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, (ed.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*. Antwerpen: Intersentia, 2007.

⁸⁶ Véase la iniciativa de Reglamento del Consejo relativo a la ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita a los hijos presentada por Francia el 3 de julio de 2000 Francia, DO C 234 de 15.8.2000, p. 7.

⁸⁷ Véase el informe «International abduction of children by one of the parents», de 3 de junio de 2002, por Michael Hancock (Doc. 9476 en <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9757&lang=EN>): evaluando que los padres abandonados franceses y alemanes estaban llamando la atención con huelgas de hambre; Whitney, Craig R. In *Child Custody, Germany Is Tough on the French*. The New York Times. 2 de agosto de 1999, sección A, p. 3 y en línea en <https://www.nytimes.com/1999/08/02/world/in-child-custody-germany-is-tough-on-the-french.html>. Véase también *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*, (nº 31679/96) TEDH 2001, relativo a los niños retenidos ilegalmente por su padre en EE.UU. y luego en Rumanía y nunca devueltos a Francia, donde solían vivir bajo la custodia de su madre.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, sobre la adecuación del marco jurídico internacional relativo a la violencia contra la mujer, A/72/134, del 19 de julio de 2017, en el que se hace suya la opinión de que «la práctica de los Estados y la *opinio juris* sugieren que la prohibición de la violencia de género contra la mujer ha evolucionado hasta convertirse en un principio de derecho internacional consuetudinario” y se observa que “el principal reto al que se enfrenta la lucha contra la violencia de género contra la mujer” es “la falta de incorporación y aplicación plenas de las normas internacionales a nivel nacional” (párrafos 79, 84-85). Son raras las decisiones que caracterizan las normas que protegen los derechos humanos como normas imperativas y son raras las decisiones que reconocen obligaciones *erga omnes* para proteger los derechos humanos. Véanse, sin embargo, las autorizadas decisiones y opiniones expresadas por A.A. CAÑADO TRINDADE, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2001,

del Convenio de La Haya de 1980, se ha constatado que algunos países eluden sus normas a la hora de ponerlos en práctica, mediante una manipulación consciente de la realidad de las circunstancias que permiten a sus nacionales permanecer en el país con el niño. También se ha denunciado un uso descuidado de las excepciones a la restitución ⁸⁹.

51. El problema de garantizar una aplicación neutra del Convenio en interés del niño afectado por la sustracción internacional sigue estando en el orden del día de la Conferencia de La Haya. La misma cuestión tomó, inesperadamente, una dimensión totalmente diferente a los ojos del legislador de la UE. Y es que llamó la atención que dicha problemática quede amparada con el principio de “*confiance mutuelle*” proclamada en Tampere en 1999, es decir, la existencia de confianza mutua entre los Estados miembros para dar respuesta a la sustracción internacional de menores⁹⁰. Podemos comprobar que la intención de hacer efectivo el principio de confianza mutua acaba por endurecer el mecanismo de devolución del Reglamento 2201/2003. Una desafortunada analogía con el principio rector de la libre circulación de mercancías ha contribuido probablemente también a una tendencia a concentrar las competencias judiciales en manos del juez del Estado de origen. Esta autoridad es la única competente para decidir sobre la suerte del menor, mientras que al juez del Estado de refugio se le impide impugnar la opinión de su colega.

52. Como es sabido, este recurso draconiano reforzado se promulgó en el artículo 11, que establece que una orden de no restitución dictada en el Estado de refugio no puede ser invocada en el Estado de la antigua residencia habitual del menor. En particular, según el apartado 4 del artículo 11, el tribunal del Estado requerido no puede denegar la restitución de un menor basándose en un grave riesgo de daño o en una situación intolerable, si se establece que se han tomado medidas adecuadas en el Estado de origen para garantizar la protección del menor tras su restitución. Y es que si se deniega la restitución sobre la base del artículo 13 del Convenio de La Haya, el tribunal del Estado al que ha sido sustraído el menor debe -en el plazo de un mes- transmitir su decisión y el expediente a los tribunales del Estado de origen, que podrán pronunciarse sobre la custodia y, por tanto, confirmar o denegar la no restitución; las decisiones de custodia, incluida la restitución, tienen un efecto inmediato en todos los Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutoriedad (*exequatur*) y sin que el Estado de refugio pueda oponerse a ella (artículos 42 y ss.). Si se deniega la restitución sobre la base de uno de los motivos excepcionales enumerados en el artículo 13 del Convenio de La Haya, el tribunal del Estado del cual el menor ha sido sustraído debe -en el plazo de un mes- transmitir su decisión y el expediente a los tribunales del Estado de origen, que podrán pronunciarse sobre la custodia y, por tanto, confirmar o denegar la no restitución. Por tanto, si la resolución definitiva de custodia implica la restitución del menor, tiene efectos inmediatos en todos los Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutividad (*exequatur*) y sin que el Estado de ejecución pueda oponerse a ella (artículos 42 y siguientes del Reglamento Bruselas II a).

53. Las voces críticas observaron que el interés superior del niño no puede sacrificarse al objetivo político de la disuasión⁹¹. Consideramos que las normas draconianas son inadecuadas en asuntos de

p. 183-265, quien sugiere que existe una convergencia “*en los niveles normativo, hermenéutico y operativo, [...] impulsando al reconocimiento de obligaciones erga omnes*”. Véase también P. PICONE, *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, Actas de la Conferencia de Rávena 7-8 de mayo de 2015. Cuestiones de derecho internacional. Disponible en http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/Picone_Gli-obblighi-erga-omnes-tra-passato-e-futuro.pdf.

⁸⁹ P.R. BEAUMONT, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*. Collected courses of the Hague Academy of International Law. 2008, p. 9.

⁹⁰ Véase el considerando 23 del preámbulo del Reglamento 2201/2003 «El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares «se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución». *Por ello*, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. [...]” Énfasis añadido.

⁹¹ Véanse las observaciones críticas de K. TRIMMINGS, “Child Abduction within the European Union, 2013, p. 150. Véase también R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Conventions*, 2013, pp. 71-90; Th. KRUGER, *International Child Abduction*, The

familia, especialmente cuando se trata de la vida de un niño. Así, la versión dura del mecanismo de restitución de la refundición de Bruselas II no tardó en llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En uno de los primeros casos, *Šneerson y Kampanella contra Italia*, se reconocieron explícitamente los límites de la norma que prohíbe al Estado de refugio intervenir en el litigio⁹². El Tribunal declaró que, incluso si Italia había actuado de acuerdo con la ley, es *decir*, el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, “no había abordado los riesgos que habían sido identificados por las autoridades letonas”. Dada la relevancia del principio de confianza mutua para el ordenamiento jurídico de la UE, el contraste entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la evaluación del interés superior del niño se hizo irreductible⁹³.

54. La nueva refundición intenta solucionarlo, al poner los hechos también bajo el conocimiento del juez de amparo⁹⁴. Las partes pueden incluso optar por litigar la restitución en el Estado de refugio en virtud del artículo 10 del Reglamento 1111/2019.⁹⁵ El juez de refugio es competente para dictar medidas provisionales, incluso cautelares, respecto del menor presente en su jurisdicción en virtud del artículo 15. Gracias al artículo 2.1.b), si estas medidas son dictadas por el juez de refugio en el marco de una orden de restitución, pueden circular y permanecer en vigor hasta que sean superadas por las decisiones adoptadas por el tribunal competente en cuanto al fondo. Esto se debe a que, lamentablemente, el artículo 27, apartado 2, prescribe que se puede ordenar la restitución, a pesar del hecho que sea contraria al interés superior del menor consagrado en el artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de La Haya

Inadequacies of the Law, 2011, pp. 87-94 y *passim*; 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*. 2014, pp. 931-958; Véase también ATF 130 „Bei der Vollstreckung von Rückführungsentscheiden dürfen (und müssen) schliesslich bis zu einem gewissen Grad auch generalpräventive Gedanken eine Rolle spielen, hängt doch die Autorität des Übereinkommens im Wesentlichen von der Frage ab, ob die gestützt darauf ergehenden Urteile überhaupt vollzogen werden“.

⁹² Ap. n.º 1437/09, de 12 de julio de 2011, <http://hudoc.echr.coe.int>. p. 85 “[...] La restitución de un menor no puede ordenarse de forma automática o mecánica cuando es aplicable el Convenio de La Haya, como indica el reconocimiento en dicho instrumento de una serie de excepciones a la obligación de restitución del menor (véanse, en particular, los artículos 12, 13 y 20), basadas en consideraciones relativas a la persona concreta del menor y a su entorno, lo que demuestra que corresponde al tribunal que conoce del asunto adoptar un enfoque *in concreto* al respecto”.

⁹³ El contraste apareció claramente en un caso de una madre tomadora que huía de la violencia de su pareja israelí, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó que “la consideración primordial a la hora de tomar decisiones sobre el retorno es el interés superior del menor”. TEDH 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, n.º 41615/07. En el caso *X c. Latvia*, subrayó además que el interés superior del menor “... no puede entenderse de manera idéntica con independencia de que el tribunal esté examinando una solicitud de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya o resolviendo sobre el fondo de una solicitud de custodia o de patria potestad, ya que este último procedimiento es, en principio, ajeno a la finalidad del Convenio de La Haya”. Véase también TEDH 15. 5. 2012, *M.R. y L.R. c. Estonia*, n.º 13520/12, párr. 37; Ver C. MOL, TH. KRUGER, «International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions», *Journal of Private International Law*. 2018, pp. 421-454; M. C. BARUFFI, “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of Private International Law*. 2018, pp. 385-420; P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU. *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 211-260; H. KELLER, C. HERI, “Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*. 2015, pp. 270-296; P. McELEVAY, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Netherlands International Law Review*, 2015, pp. 365-405; F. TROMBETTA-PANIGADI “The European Court of Human Rights and the best interests of the child in the recent case law on international child abduction” en N. BOSCHIERO et al. (eds), *International courts and the development of international law: essays in honour of Tullio Treves*, 2013, pp. 599-611; H. VAN LOON, Statement of the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law at the 41st meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law. Strasbourg, 17 March 2011. <http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf>.

⁹⁴ Véase COM(2016) 411, p. 3 “El llamado ‘mecanismo de anulación’ [añadido para] tener un efecto disuasorio más fuerte sobre el posible progenitor sustractor [...] ha resultado difícil porque los procedimientos de custodia no tienen lugar en el Estado miembro en el que se encuentra el menor y porque el progenitor sustractor no suele cooperar[sic!]”.

⁹⁵ *A contrario* en el considerando 22. Ver C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictiva en el Derecho internacional privado de familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*. 2020, p. 101-116; ID. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, Party Autonomy in International Family Law, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 408, 2020, argumentando que el artículo 12 del Reglamento 1111/2019 permite a las partes una elección más amplia del tribunal (también en comparación con el Convenio de La Haya de 1996), en particular en la norma del apartado 3 que se refiere a la existencia de una “conexión sustancial con el niño” siempre que la elección cumpla con el “interés superior del niño”.

de 1980, es decir, “si se han tomado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”⁹⁶- Estos acuerdos pueden incluir órdenes de protección en virtud del Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil, según el cual es posible reconocer inmediatamente una medida de protección ordenada en un Estado miembro para proteger la vida, la integridad sexual y prevenir la violencia, la intimidación y el acoso.⁹⁷ Pero, ¿qué sentido tiene ordenar la restitución del menor si el progenitor en cuyo interés se solicita el retorno no puede acercarse al menor porque está sujeto a una orden de protección? ¿Existe un derecho del menor a desarrollar un vínculo de relación con una persona violenta? Como ya se ha mencionado, esta norma, inspirada en las consideraciones de disuasión antes mencionadas, contradice la letra y la sustancia del régimen del mecanismo de restitución⁹⁸.

55. Además, el prejuicio sobre el abuso del artículo 13(b) del Convenio de La Haya de 1980 debe analizarse con el conocimiento que:” la repercusión de los estereotipos y los sesgos de género, que dan lugar a respuestas inapropiadas ante la violencia de género contra las mujeres y a una falta de confianza en ellas, en particular en lo que respecta a las presuntas acusaciones falsas de maltrato infantil y violencia doméstica; expresa asimismo su preocupación por la falta de formación de los jueces, los fiscales y los profesionales del Derecho; destaca la importancia de las medidas dirigidas a combatir los estereotipos de género y los sesgos patriarcales mediante la educación y las campañas de sensibilización;”⁹⁹ y ha llevado a mantener el “mecanismo primordial” para los casos más delicados de sustracción de menores que implican a las madres.

56. Para responder a las comprensibles preocupaciones que suscitan estos casos, el apartado 1 del artículo 56 permite al juez de tutela suspender la ejecución para evitar que el menor sufra un “grave riesgo de daño físico o psicológico debido a impedimentos temporales surgidos después de dictarse la resolución, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de las circunstancias”. En definitiva, a pesar de las contradicciones indicadas, estas soluciones parecen intentar conciliar el mecanismo primordial con la necesidad de cumplir los requisitos fundamentales de los derechos humanos y las preocupaciones sobre el régimen europeo que ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. La diferencia entre las sustracciones parentales y los traslados ilegales de residencia

57. El 21 de noviembre de 2019, la *Cour de cassation* se pronunció sobre una excepción de retorno basada en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya. La madre y el niño habían salido de Japón hacia Francia, aunque su traslado de residencia vulneraba el derecho de custodia del padre. Era fácilmente predecible que si la progenitora regresaba a Japón y solicitaba el divorcio, la custodia del niño y la patria potestad se confiarían al padre, y que no sólo se vería privada de sus derechos parentales, sino que también existiera el riesgo de que se viera privada de todo contacto con su hijo. Y es que hay un peligro de que no se pudiera obtener un visado permanente, ocasionando el perjuicio de no poder permanecer

⁹⁶ B. MUSSEVA, «The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity», Foro ERA. 2020, pp. 129-142 recuerda que, como se explica en el considerando 45, “los posibles acuerdos podrían incluir, por ejemplo, una orden judicial que prohíba al solicitante acercarse al niño, una medida provisional, incluso de protección, que permita que el niño permanezca con el progenitor sustractor que es la carrera principal hasta que se tome una decisión sobre el fondo de los derechos de custodia, [traducción mía]”. Ver M. ŽUPAN, S. LEDIĆ, M. DRVENTIĆ, «Provisional Measures and Child Abduction Proceedings», *Pravni Vjesnik* Dios. 2019, pp. 9-30; I. PRETELLI, “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II Ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2019, pp. 113-148.

⁹⁷ El reconocimiento automático de la medida, acompañado de un certificado multilingüe, es temporal (12 meses) aunque la medida nacional tenga una duración mayor.

⁹⁸ También B. MUSSEVA, (nota 97) observa que estas “obligaciones implican al tribunal en el proceso de búsqueda de disposiciones que podrían afectar a sus consideraciones hasta el momento y llevar a la decisión de retorno a pesar del grave riesgo establecido en el EM de origen” (traducción mía).

⁹⁹ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)).

cerca de su hijo¹⁰⁰. La *Cour de cassation* rechazó su excepción de retorno, ya que “no se puede prejuzgar la situación jurídica que podría crear un procedimiento de divorcio en Japón”, junto a la no posibilidad de la madre para permanecer en Japón, hecho muy probable, aunque no se quedó demostrado¹⁰¹. Por parte de la recurrente, se esgrimió otro argumento a las circunstancias expuestas: desde el traslado de madre e hijo a Francia, el padre no había estado en contacto con el niño. Desde nuestra opinión, en lugar de dar relevancia a esta circunstancia en favor de la madre, se argumentaba que el niño, en Japón habría estado en contacto con ambos progenitores, al tener más posibilidades la madre de desplazarse y estar con su hijo en dicho país.

58. Estos argumentos están en contradicción con el propósito original del Convenio, que era el de erradicar una concepción propietaria de los niños e impedir la concesión automática de los derechos parentales al padre, sobre todo pensando en sociedades patriarcales en las que se le otorga al hombre el papel de cabeza de familia. Estas consideraciones, así como la aplicación restrictiva de la excepción de riesgo grave basada en consideraciones de disuasión o en un volátil “interés abstracto de los niños a no ser secuestrados”, no terminan por encajar. Más aún, la *Cour de cassation* debería haber reflexionado sobre el hecho de que el interés del niño franco-japonés era vivir en un entorno no estresante y al cuidado de la persona que realmente se ocupaba de él, por lo que se debería conceder a esta última unas condiciones asequibles para ganarse la vida.¹⁰²

59. Estos casos de sustracción son a menudo un intento desesperado del progenitor, principal figura de referencia, para que el niño experimente una nueva vida, ofreciéndole un marco de vida en el que pueda desarrollar su personalidad en un entorno más favorable, o al menos no tóxico. Resulta paradójico que ante situaciones de este tipo se dé preferencia al derecho del niño a tener contactos con ambos progenitores sobre el derecho del niño a ver satisfechas sus necesidades materiales y afectivas, y a que se le proporcionen los medios necesarios para su normal desarrollo físico y mental¹⁰³.

60. La disuasión no puede funcionar en estas situaciones: es al menos cuestionable creer que la no devolución del menor al Estado de residencia habitual fomenta la sustracción. A pesar de que se emitan sistemáticamente órdenes de restitución, ello no hace que las mujeres víctimas de la violencia desobedezcan leyes para protegerse a sí mismas y a sus hijos,, Existen madres que luchan por su vida y la de sus hijos, ya que están más preocupadas de su seguridad física que de las implicaciones legales del secuestro. El funcionamiento de Convenio de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis viene ocasionando que existan mujeres que permanezcan en una relación abusiva, socavando así el objetivo principal, conseguir el interés fundamental del menor¹⁰⁴. Por otra parte, si nos centramos en la mediación como

¹⁰⁰ Ch. CHALAS, “La primauté légale de l’intérêt concret sur l’intérêt abstrait: l’exception au retour de l’enfant déplacé illicitement”, *Droits de l’enfant : chronique d’actualité législative et jurisprudentielle* n° 19, *Les Petites Affiches* 24 mars 2021, n° 159, observa que en un discurso dirigido a la comunidad francesa en Tokio el 26 de junio de 2019, el propio presidente de la República denunció que, en Japón, el mantenimiento del vínculo familiar entre un padre no japonés y su hijo está amenazado cuando el otro padre es japonés.

¹⁰¹ El derecho interno de Japón no contempla la patria potestad conjunta de los dos progenitores tras su divorcio, ni el establecimiento de una residencia alterna. Sin embargo, desde su adhesión al Convenio de La Haya de 1980 y a la CDN, Japón ha reforzado las medidas de ejecución de las órdenes de restitución mediante una ley de 10 de mayo de 2019, que entró en vigor el 1 de abril de 2020.

¹⁰² Véanse las preocupantes conclusiones de D. VURI, “Joint custody law and mothers’ labour market outcomes: evidence from the USA”, *Journal of Population Economics*. 2018, pp. 1203-1237; R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention*. 2013, p. 59 y nota 47, subraya que obstaculizar un traslado al extranjero con el hijo “agrava la desventaja económica que invariablemente sufren las madres como resultado de las desigualdades socioeconómicas estructurales... como resultado de la discriminación en el mercado laboral contra las mujeres y/o las responsabilidades de crianza de los hijos que han perjudicado el desarrollo de la carrera” (traducido de inglés); P. PARKINSON, “Family Law and the Indissolubility of Parenthood”, *Family Law Quarterly*. 2006, p. 263; M. FREEMAN, “Relocation Research: Where re we now?”, *International Family Law*, 2011, p. 138.

¹⁰³ M. FREEMAN, N. TAYLOR, «Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 Hague Child Abduction Convention», *Journal of Social Welfare and Family Law*. 2020, pp. 154-175.

¹⁰⁴ M.H. WEINER, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, *Fordham law review*. 2000, p. 593-706, p. 632.

herramienta para solucionar la sustracción internacional, puede que ésta se convierta en un campo en el que se despliegue la violencia contra las mujeres¹⁰⁵.

61. Y es que, en ocasiones, los acuerdos firmados entre las partes no siempre representan una solución justa¹⁰⁶. Así se reconoce en la refundición del Reglamento de Bruselas II , pues del artículo 25 se desprende que la mediación no siempre es la mejor respuesta a seguir, especialmente en presencia de violencia de género o violencia doméstica.¹⁰⁷ El considerando 43 subraya la razón de ser del artículo 25 al referirse a este brutal fenómeno. En suma, las políticas públicas pueden servir para una correcta aplicación de los derechos fundamentales de los niños, orientando su atención hacia el menor, sus necesidades y el equilibrio que debe aparecer en el derecho a mantener el contacto con ambos padres. En circunstancias específicas, cuando exista violencia contra la mujer, es necesario encontrar una armonía entre el derecho de los niños a tener contacto con ambos padres y el derecho de los niños a una crianza serena¹⁰⁸.

1. El contrapunto de las desigualdades

62. Detrás del problema de la sustracción parental de menores suelen existir tres fenómenos diferentes y característicos, cada uno de los cuales requiere políticas específicas y soluciones jurídicas *ad hoc*¹⁰⁹.

2. Tres fenómenos diferentes

A) Niños traídos de países occidentales al país de referencia cultural

63. El primer fenómeno, que fue abordado específicamente por el Convenio sobre Sustracción de Menores de 1980, se refiere al desplazamiento ilícito de menores por parte de padres cuyas referencias culturales chocan con el principio fundamental de la igualdad de género en el derecho de familia. Las sustracciones de niños por parte de familiares también pueden entrar en este patrón de “choque de civilizaciones”. De hecho, cuando estas sustracciones se refieren a casos no contemplados en el Convenio, las leyes penales nacionales se convierten en el único instrumento de disuasión¹¹⁰, además de los esfuerzos diplomáticos destinados a proteger al niño sustraído. Otras dos pautas en este fenómeno se

¹⁰⁵ P. CHARBONNEAU et al., *Mediation in cases of domestic abuse: Helpful option or unacceptable risk? The final report of the Domestic Abuse and Mediation Project*. Maine Court Mediation Service.; N. THOENNES, P. SALEM, J. PEARSON, *Mediation and domestic violence: Current policies and practices*. Center for Policy Research Denver, CO. y Association of Family and Conciliation Courts. 1994; R. GEFFNER, M.D. PAGELOW, *Mediation and child custody issues in abusive relationships*. Behavioral Sciences and the Law. 1990, pp. 151 - 159.

¹⁰⁶ Rh. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention And Re-Relocation Disputes*, International Journal of Law, Policy and The Family, 2021, pp. 1-36.

¹⁰⁷ R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford/Portland 2013, p. 415. M. BROSCHE, C. MARIOTTINI, *EUFAMS II: Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding Online Final Conference*, Max Planck, Luxembourg, 20.12.2019, disponible en www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index.php?site=projektberichte el 30 de abril de 2021, p. 23; C. PAUL, *The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility*, Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', p. 18 y ss.

¹⁰⁸ Por ejemplo, prácticas nocivas como la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y/o forzado, la poligamia, los delitos cometidos en nombre del llamado honor y la violencia relacionada con la dote no pueden excluirse de una consideración global en nombre de doctrinas como la *comitas gentium*.

¹⁰⁹ Debo el título de este párrafo a las punzantes observaciones de J. D'ASSUNÇÃO BARROS, "Igualdad y diferencia: una discusión conceptual mediada por el contrapunto de las desigualdades", *Revista Brasileira de Educação*. 2018, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782018230093>.

¹¹⁰ En el caso de un tío que secuestró a un niño de tres años de su madre (*DPP v. Moustafa Ismaeil* [2012] IECCA 36 de julio de 2011), McCartan J. declaró lo siguiente: "Los hechos de este caso son, además, lo suficientemente graves como para preguntarse si la pena máxima de siete años prescrita por el Oireachtas es realmente suficiente para disuadir a quienes están decididos a secuestrar a un niño de la manera calculada y premeditada en que se hizo en el presente caso." (traducido del inglés).

han convertido en los supuestos más frecuentes del Convenio, en relación con el cambio de la interpretación del “derecho de custodia” tras el caso *Abbott v Abbott*. Se refieren al traslado ilegal de los hijos al extranjero por parte de las madres¹¹¹.

B) Niños alejados de un entorno de violencia

65. En uno de los escenarios del tipo “madre secuestradora”, las progenitoras viajan con los hijos para escapar de un entorno misógino y sexista que les provoca ansiedad y depresión. En este modelo de “violencia contra la mujer”, el traslado de residencia debe considerarse como un ejercicio responsable de los deberes parentales hacia el niño. Por ello, el artículo 13(1)(b) debe aplicarse sin sacrificar el interés superior del menor implicado a consideraciones políticas de gobierno. En este caso, el orden público puede servir aquí al interés superior del niño como una defensa importante contra el relativismo cultural. Tal y como ha aclarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las consideraciones políticas sobre la prevención general (disuasión) no tienen *locus standi* frente a los derechos fundamentales de la infancia. La pauta de “violencia contra la mujer” no se produce necesariamente cuando la residencia habitual de la madre y del hijo antes del traslado se localizaba en un país en el que todavía se encontraban sometidos a valores patriarcales. Puede ocurrir también cuando las madres son objeto de violencia en países que, aunque reconocen formalmente la igualdad de género, aún subsiste (o donde parte de la población vive) una aceptación social de la misoginia y del sexismo.

C) Niños llevados al país donde el padre tiene mejores oportunidades de trabajo y cuidado

66. Por último, la tercera pauta, la más reciente y complicada, consiste en que los padres expatriados desean volver “a casa”¹¹². La dimensión de género de este tercer patrón debe evaluarse cuidadosamente a la luz de la frecuencia de los casos en que las mujeres siguen la oportunidad de trabajo de su pareja, en comparación con otras situaciones en que lo hacen los hombres.¹¹³ Cuando las mujeres siguen a los hombres expatriados, como ocurrió en el caso *Abbott c. Abbott*, o cuando se instalan en el país de su marido, como ocurrió en el caso *Zarraga c. Pelz*, la separación de su pareja elimina el único motivo de su traslado al extranjero¹¹⁴. Pueda que exista un claro desequilibrio en el grado de integración de la madre en comparación con el del padre. Lo mismo ocurre cuando es el padre quien ha seguido a la madre a su país de origen y se encuentra menos integrado en el tejido social del país de su pareja.

67. La diferencia de integración puede explicar mejor la aparición de un sesgo nacionalista inadmisibles, ya que se detecta en los jueces en los litigios sobre la custodia de los hijos una tendencia de favorecer a sus propios nacionales. Es probable que un progenitor español residente en España tenga un conocimiento más profundo de la lengua, la cultura y el sistema jurídico españoles en comparación con su pareja extranjera recién llegada a dicho Estado¹¹⁵. La comparativamente mejor integración de cada progenitor en su respectivo país de origen crea *de facto* desigualdades de armas a lo largo de todo el

¹¹¹ N. LOWE, et al. A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> ha recogido datos que indican que las solicitudes de restitución fueron presentadas por los padres contra las madres en el 73% de todos los casos y que el 58% de las personas sustraídas viajaron a un Estado del que eran nacionales. Lamentablemente, no se dispone de datos desglosados.

¹¹² *Ibidem*, p. 279.

¹¹³ Véase R. SCHUZ, The Hague Child Abduction Convention and Re-Relocation Disputes, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2021, 1-36.

¹¹⁴ Véase el TJUE 22. 12. 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*; 15. 7. 2010, C-256/09, y 9. 11. 2010, C-296/10, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*.

¹¹⁵ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, Party Autonomy in International Family Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 408, 2020 pp. 184-188: explica que las normas de autonomía de la voluntad que permiten la elección de la ciudadanía como factor de conexión pueden ser relevantes para defender la identidad cultural de las partes.

proceso del litigio: desde la búsqueda de un abogado adecuado hasta la explicación al juez de la complejidad de la situación familiar. En el ámbito UE, donde la libertad de circulación de los trabajadores es un derecho fundamental del ciudadano, la única forma de salir del modelo de “traslado ilícito” sería promover activamente al máximo las decisiones conjuntas de los tribunales de los países miembros implicados en el traslado ilícito de la residencia del niño¹¹⁶. Esta solución puede ser la adecuada para las situaciones en que ambos progenitores son “expatriados” y nunca han pensado en establecerse definitivamente en el país en el que estaban criando a su hijo.

3. Tres riesgos correspondientes a las violaciones de los derechos de los niños

68. En general, parece importante restablecer la diferencia original entre “sustracción de menores” y “traslado ilegal de la residencia de un menor” (ya sea por parte de las madres que huyen de la violencia o por parte de uno de los padres expatriados, que residen en el extranjero durante un periodo limitado de su vida), puesto que cada uno de los tres patrones descritos conlleva riesgos específicos para un menor y surgen debido a las características transculturales específicas de su familia.

69. En el primer escenario, el niño se enfrenta al riesgo real de verse privado de un progenitor y, simultáneamente, de parte de su identidad cultural. En el segundo escenario, el niño se enfrenta al riesgo real de estar expuesto a una experiencia violenta y traumática que puede lastrar toda su vida y más allá, afectando también a su propia descendencia o entorno (en virtud de la “compulsión de repetición” freudiana). En el tercer escenario, el menor se enfrenta al riesgo de ser *déraciné*. La norma actual basada en la residencia habitual resolverá el enigma de anclar su infancia a un territorio preservando un *statu quo* que puede no corresponder a una proximidad real de los padres y del niño con la sociedad en la que se encontraban en el momento de la separación. Puede ocurrir, hoy en día, que la residencia habitual del niño responda a un asentamiento temporal en la vida de los padres, elegido funcionalmente por razones laborales y sin una verdadera voluntad de integrarse en ella, es decir, el denominado asentamiento “fluido”.

V. Conclusiones y propuesta

70. La distinción entre “título” y “posesión” en los derechos reales sirvió de base conceptual para el “mecanismo de restitución” del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Parental de Menores. Dicho mecanismo pretendía restablecer el entorno afectivo del menor, concediendo la custodia al progenitor que había estado velando por las necesidades y el crecimiento del menor con la tolerancia del otro progenitor. El Convenio insiste en los aspectos fácticos de la custodia: el deber de cuidar al niño debe parecer legítimo *a primera vista* y debe practicarse. El derecho al cuidado es un derecho básico del niño, para el que no existe alternativa, y garantiza que reciba alimentación, cobijo, educación y la posibilidad de confiar en la capacidad de su figura de referencia para hacerse responsable de él.

71. Estos valores están protegidos, por ejemplo, por la institución islámica de *la kafala*, basada en una visión del niño como persona vulnerable que necesita ayuda para alcanzar su pleno potencial. El derecho a recibir una atención adecuada se ajusta plenamente a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 y está en desacuerdo con los conceptos propietarios existentes sobre los niños¹¹⁷. El principio de igualdad exige que se apliquen las mismas normas en situaciones idénticas,

¹¹⁶ G.P. ROMANO, *Conflits entre parents et entre ordres juridiques en matière de responsabilité parentale, Enlèvement international d'enfants, Saisir le juge ou s'engager dans la médiation?* 2015, p. 81 y nota 46 ; I. PRETELLI, *Child Abduction and Return Proceedings: Directorate General for internal policies policy. department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings'*, p. 13.

¹¹⁷ A. BORRÁS, *The protection of the rights of children and the recognition of kafala. A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*. Antwerp, 2013, p. 77; P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante ‘kafalah’”, *Gli stranieri*. 2011, p. 15.

incluso que se apliquen normas diferentes en situaciones distintas. Su credibilidad en un determinado ordenamiento jurídico depende del servicio que preste a los seres humanos afectados y de la voluntad de un ordenamiento jurídico de tener en cuenta los valores extranjeros que se ajusten a los universalmente aceptados o, incluso, que ayuden a alcanzar el objetivo universal de asegurar la dignidad humana para todos los seres humanos.

72. La justicia transfronteriza siempre tiene que conciliar el particularismo y el universalismo. Lo hace pasando constantemente de uno a otro. Al decidir sobre los casos de “sustracción de menores”, el particularismo en el derecho de familia no debe obstaculizar la búsqueda de principios universales como el del interés superior del menor, incluida su protección frente a contextos de violencia contra la mujer en todas sus formas.

73. En este sentido, la diferencia entre los diversos fenómenos caracterizados como “sustracciones de menores” en nuestros tiempos requiere una reflexión sobre la necesidad de restablecer la distinción original trazada por el Convenio de La Haya de 1980 entre la “sustracción de menores” en sentido estricto y el “traslado ilícito de la residencia del menor”. En consecuencia, el presente artículo sugiere un primer paso en esta dirección, garantizando la plena protección al cuidado de un niño, tomando en consideración el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 a tal efecto. La consideración de esa excepción a la restitución es crucial en los casos de traslados ilícitos de la residencia de un menor, ya que ese recurso se pensó y debe seguir limitándose a las sustracciones de menores en sentido estricto. Esta diferencia también es esencial para garantizar la erradicación de los conceptos de propiedad existentes sobre la paternidad, como ya intentó originalmente el Convenio de La Haya de 1980 hace más de cuarenta años.

74. También hay que tener en cuenta que la decisión sobre el retorno debe ser rápida, pero seguir siendo temporal. Por otra parte, hay que distinguir los procedimientos de retorno – rápidos y temporales - de los procedimientos de custodia - que tienen carácter de estabilidad. La existencia o no de violencia debe establecerse en los procedimientos de custodia, no en los de regreso temporal. En este último procedimiento, basta con que el tribunal compruebe la existencia de un “riesgo grave de sufrir daños físicos o psicológicos o de quedar en una situación intolerable” como consecuencia de la supuesta violencia y no la existencia de una violencia ya en curso que cause daños físicos o psicológicos o una situación intolerable.

75. Una reinterpretación del Convenio de La Haya de 1980 también puede garantizar que las limitaciones a la libertad de circulación de los padres cumplan con el principio de proporcionalidad. Esto ayudaría a restablecer una noción autónoma de ilicitud, basada en las circunstancias relevantes del traslado del niño. El abandono de las prácticas judiciales que hacen referencia a una noción de derecho internacional privado de “derechos de custodia” hará que el foco de atención pase de la protección del “título legal” de una persona sobre un niño a la protección del menor implicado en el traslado de un país a otro como individuo vulnerable que necesita el cuidado adecuado y afectuoso de un adulto o, cuando sea en pro de su interés superior.

RECENSIONES

ALFONSO YBARRA BORES. *La sucesión 'mortis causa' de ciudadanos británicos en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, Colección de la Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado, 2021, 128 pp. ISBN 978-84-1397-319-7.

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

DOI: 10.20318/CDT.2022.7252

1. Los principios y fundamentos en los que se basa el Derecho sucesorio inglés difieren considerablemente del español. Esto hace que la autoridad española que se deba enfrentar a la sucesión *mortis causa* de un británico que ha fallecido en España encuentre en muchas ocasiones más sombras que luces, más dudas que clarividencias. La obra objeto de recensión ha sido escrita por el profesor ALFONSO YBARRA BORES, profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

2. El tema de la monografía no puede ser más acertado: La sucesión *mortis causa* de ciudadanos británicos en España. Y lo es, por dos motivos: 1) *Por la complejidad de la materia*. En este tipo de asuntos se ponen en relieve problemas jurídicos nada fáciles que surgen habitualmente en unas sucesiones *mortis causa* particulares, las que afectan a ciudadanos británicos que residen en España antes de fallecer. Una de las razones de esa complejidad es debido a las importantes diferencias entre el Derecho inglés y el Derecho español. Y esas diferencias aunque pueden ser conocidas por determinados juristas, especialmente las relativas al Derecho material (en Derecho inglés no existe una institución para aceptar la herencia (p. 19), ya que los bienes pasan siempre a un administrador, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, tampoco existen legítimas (p. 17); no son aquellas relativas al Derecho internacional privado, siendo en muchas ocasiones, el origen de las dificultades que estas sucesiones *mortis causa* implican en la práctica (p.25); 2) *Por la frecuencia con la que los operadores jurídicos españoles deben conocer de estas sucesiones*. Hay que tener presente que

en España están censados 282.124 británicos en atención a datos del INE de enero de 2022. Gran parte de estos ciudadanos británicos se encuentran en la provincia de Alicante, de Málaga y en las Islas Baleares.

3. Pasando a un análisis de la obra, ésta se encuentra dividida en cinco capítulos. Esta estructura está muy bien pensada y ejecutada, ello es así por la forma en la que se han ido abordando las cuestiones problemáticas capítulo por capítulo. Ello facilita al lector la lectura y permite adentrarse en la monografía de forma gradual, nada abrupta. Así, el autor nos lleva del origen del problema en el capítulo I pasando por el impacto del Reglamento 650/2012 en este tipo de sucesiones en el capítulo II, a la relación y necesaria coordinación de los regímenes matrimoniales y el Derecho sucesorio que se explican en capítulo III, para llegar en el capítulo IV, donde a través del análisis de resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública podemos conocer los problemas que se han suscitado en la práctica, cerrando, por último la obra, con el capítulo V dedicado exclusivamente a unas valiosas conclusiones. Vamos a pasar al análisis de cada capítulo.

En el primero de ellos se abordan los problemas jurídicos presentes en las sucesiones *mortis causas* de británicos en España. El autor con gran maestría divide a su vez esta parte del trabajo en tres apartados. En primer lugar, aborda las divergencias materiales entre el Derecho inglés y el Derecho español. En segundo lugar, hace referencia a las diferencias entre el Derecho internacional privado inglés y el español. Así, destaca el sistema escisionista inglés poniendo en relieve

que lo importante de la sucesión son los bienes que componen la sucesión y no la persona del causante. El reflejo de esta escisión en el Derecho internacional privado inglés es que los bienes inmuebles quedarían sujetos a la Ley del lugar donde se encuentran sitios mientras que los bienes muebles se regirían por la Ley del último domicilio del causante (p.26). Esto último da lugar a que el concepto de *domicile* juegue un papel clave en estas sucesiones *mortis causa* de británicos en España. Todo esto se contrapone con el Derecho conflictual español en materia de sucesiones, en el cual reinan los principios de universalidad y unidad, quedando toda la sucesión bajo el gobierno de una única Ley.

En el segundo capítulo se aborda el estudio de la norma de Derecho internacional privado aplicable en materia de sucesiones en España: El Reglamento 650/2012¹. En esta parte del trabajo, el profesor Ybarra Bores se centra en el Derecho aplicable a la sucesión. Así, tras analizar los diferentes puntos de conexión del Reglamento 650/2012, pasa a la identificación y resolución de problemas en relación a las sucesiones *mortis causa* de británicos residentes en España. Sobre este particular, me gustaría resaltar dos aspectos que se exponen en la monografía:

- 1) El hecho de que Reino Unido no forme parte ya de la UE debido al *Brexit* no significa que el Reglamento 650/2012 no se aplique a los ciudadanos británicos que residen en España o en otro Estado miembro (p.50). Esto es así especialmente en relación al Derecho aplicable. Por eso, no conviene olvidar el carácter *erga omnes* del Reglamento, siendo indiferente que el Derecho aplicable que determine la norma de conflicto lleve a un Derecho de un Estado parte del Reglamento o de un tercer Estado.
- 2) La importancia de que el causante británico que reside en España se asesore adecuadamente para que se acabe cumpliendo su voluntad (p. 49). La transcendencia de esta cuestión es innegable debido a la diferencia

que existe entre el Derecho material inglés y el español. Una nula o mala planificación del Derecho aplicable a la sucesión del ciudadano británico que fallece en España podría traducirse en que personas que el causante quiere que hereden puedan quedar fuera de su sucesión debido a las disposiciones del Derecho finalmente aplicable.

En el tercer capítulo se aborda un tema complejo pero importante en la práctica jurídica en materia de sucesiones internacionales: La relación e impacto del régimen económico en la sucesión *mortis causa*. Es muy probable el causante británico que fallece en España esté casado. Como de forma impecable expone el profesor Ybarra, en el Derecho material inglés no existe la figura de los regímenes económico matrimoniales tal y como lo conocemos en el Derecho civil español. El matrimonio propiamente dicho no afecta a la propiedad de los bienes de los cónyuges (p. 57). Sin embargo, esa disparidad en las normas materiales no es el único inconveniente, otro importante es la descoordinación existente en materia de Ley aplicable entre el Reglamento europeo de sucesiones y el Reglamento UE 2016/1103². Así, en esta parte lo más destacable son las soluciones que el autor aporta. A su juicio, debido a la inexistencia de una solución para tal descoordinación entre Reglamentos en Derecho internacional privado español propone que el operador jurídico utilice la técnica de la adaptación. Es decir, que la autoridad competente pueda adaptar el Derecho material aplicable con el fin de conseguir un resultado justo en el caso concreto.

En el cuarto capítulo se analizan diferentes resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, a partir de las cuales el autor destaca principalmente cuatro problemas que suelen presentarse en este tipo de sucesiones en el marco del Reglamento europeo de sucesiones: 1) La *professio iuris* anticipada; 2) Los testamentos *simpliciter* o testamentos parciales; 3) La exigencia por parte de las autoridades españolas de la aportación de un certificado de actos de última voluntad extranjeros; 4) La necesidad o no de la in-

¹ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012)

² Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE núm.183, de 8 de julio de 2016).

tervención de los *legal representatives* (*executor* o *administrator*) en las sucesiones de británicos abiertas en España y el papel que juegan en las mismas el *gran of representation* (*probate*).

El verdadero valor de esta capítulo es que el profesor Ybarra Bores no se limita a hacer un análisis meramente descriptivo de lo que ha dispuesto la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. El autor en todo momento va más allá, ofrece su visión y propone soluciones, pero las mismas no son meras ocurrencias del que piensa rápido y sin esmero. Las aportaciones que realiza el autor en la obra están meditadas, estudiadas y son consecuencia del sólido conocimiento que tiene no sólo del Derecho internacional privado europeo también del Derecho material español y del inglés.

Prueba de ello se vuelve a reflejar en el quinto y último capítulo de la monografía, el cual se dedica a conclusiones y permite al lector volver a reflexionar sobre los aspectos más relevantes de la obra.

4. En conclusión, con esta obra estamos en presencia de un trabajo de investigación serio y riguroso, felicitamos al profesor Ybarra Bores por ello, pero también lo hacemos por su valentía, no cualquiera se enfrenta a solucionar problemas como los que se abordan en la presente monografía. Por eso, recomendamos esta obra por considerarla imprescindible para todos los operadores jurídicos que tengan que enfrentarse de una forma u otra a la sucesión *mortis causa* de un británico en España.

MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ. *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*. Editorial Aranzadi, Navarra, ISBN 9788413455099, 2021

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

DOI: 10.20318/CDT.2022.7253

1. Dicen los clásicos que “*nihil novum sub sole*”, en frase de la Vulgata traducida al latín del texto en lengua griega del libro del Eclesiastés. Durante la lectura de las más de trescientas páginas de este libro, ésa es la sensación que el lector tiene en su mente en todo momento: los clásicos ya vieron los problemas, los clásicos ya calcularon las posibilidades interpretativas y hermenéuticas de las normas, los clásicos ya trazaron las mejores soluciones. Los clásicos hicieron Derecho y nosotros somos sus herederos siglos más tarde, pero somos meros receptores. Nada seríamos sin los clásicos y no queda nada por descubrir que no haya sido ya descubierto por los clásicos en el Derecho privado.

2. Tras el brillante prólogo de la obra debido a la Profesora Doctora Dña. Carmen López Rendo, comienza la obra con un capítulo primero que contiene una aproximación general a los foros de competencia y a los conflictos de leyes en materia de sucesiones. Arranca del Reglamento sucesorio europeo pero en cinco páginas ya está la autora sumergida en el Derecho romano, en el análisis del foro del domicilio del heredero, del *Forum rei sitae* (forum del lugar de situación de las cosas que componen la herencia) y con el foro del causante. Después el capítulo se interna en diez páginas dedicadas al foro de sucesiones en el Derecho histórico español, un delicioso, mágico y misterioso viaje. En el capítulo segundo, la autora repasa los conceptos y la operativa del domicilio y residencia habitual en el Derecho romano, luego en la tradición romanística y finalmente en el Reglamento europeo de sucesiones. El Reglamento Europeo de Sucesiones coloca en el centro de su razonamiento conflictual al punto de conexión de la “residencia

habitual del causante” como criterio atributivo de competencia judicial internacional y también como punto de conexión para la determinación de la ley reguladora de la sucesión. Pues bien, esta espléndida monografía constituye un ejercicio equilibrado de análisis de los fundamentos románicos e históricos de los foros de competencia judicial sucesoria, y proporciona los criterios de interpretación necesarios para la adecuada aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

3. El capítulo III de la obra, sin embargo, resulta el más refrescante, intuitivo, sugestivo, brillante e iluminador. Se trata de un análisis de los llamados “supuestos complejos” de determinación del domicilio y de la residencia habitual a efectos de Derecho privado. Así, el lector podrá deleitarse con el caso de los estudiantes que se trasladan a otro país con la presunta intención de aumentar sus conocimientos, pero sin intención de permanencia en ese país de estudios, con el caso del que trabaja en un lugar pero tiene la sede de sus intereses en otro, el caso del personal diplomático y consular, de los militares, de aquéllos que disponen de una pluralidad de domicilios o que carecen de todo domicilio, el caso de los que tiene asignada por la Ley una residencia forzosa o un domicilio legal, como por ejemplo las personas con discapacidad, los menores, los presos, exiliados y relegados.

4. Termina el libro con unas consideraciones finales muy interesantes y con un *approach* práctico que consiste en una curiosa “tabla de indicios reveladores de una residencia habitual” que agradecerán jueces, abogados, estudiantes de De-

recho, fiscales, notarios, registradores, letrados de la Administración de Justicia y demás operadores jurídicos de España y de Europa. En la página 269 se ofrece dicha tabla distribuida en tres columnas: una para el Derecho romano, otra para la tradición romanística y la codificación y finalmente otra para el Derecho europeo de sucesiones. Se trata, en realidad, de un ejercicio jurídico sumamente divertido en el que uno aprende que los argumentos no se cuentan: se ponderan. Claro que esto también lo decían ya los clásicos, pues *argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda*. El buen jurista pesa los argumentos, evalúa el valor de cada argumento, no se limita a contar indicios o datos y a elaborar una “lista de contactos de un caso” con los disintos Estados. El auténtico jurista hace Justicia, no Geografía.

5. El libro está dotado de un aparato bibliográfico realmente impresionante y auténticamente abrumador en el que la autora muestra que domina no sólo la imprescindible lengua latina, sino el inglés, el francés, el italiano, el alemán y el castellano, así como el portugués. No menos espléndida es la relación de fuentes citadas, especialmente útil para aquéllos que aman saber de dónde se toman las citas, las reglas, los argumentos y los razonamientos: ahí está todo, desde la página 295 a la 303. Se trata, hay que decirlo, de una obra científica, en el sentido de que cada dato histórico y jurídico está justificado, pues el lector haya la cita correspondiente del origen.

6. La monografía aborda innumerables cuestiones de tipo práctico. En dicha perspectiva, todo el libro reflexiona sobre la necesidad de considerar que el foro del domicilio del causante es un foro ligado a la presencia de bienes en un concreto país. De este modo, como ha sido escrito, se litiga en el país donde está el domicilio del causante porque allí suelen estar los bienes objeto de la disputa o de la controversia. Por ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado claro que sólo puede existir una residencia habitual del causante (STJUE 16 julio 2020, C-80/19, E.E.

Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarè Virginija Jarienė, K.-D. E., FD 41). Así se proporciona seguridad jurídica, certeza legal y se facilita la aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

7. En suma, se trata de una monografía en la que la tradición histórica, el origen romano y el presente europeo se mezclan en preciosa proporción áurea. Queda el lector con la impresión de que no hay nada nuevo bajo el sol, es decir, que el uso de la residencia habitual en el actual sentido europeo bebe de las fuentes directas del Derecho romano. Bebe de Modestino, bebe de las grandes Constituciones de los emperadores romanos, bebe y se alimenta, así, de la tradición jurídica occidental. El lector se vuelve entonces nostálgico y piensa que, al final, el jusprivatista acaba asomado a la reja del Derecho privado por excelencia que es, todos lo saben, el Derecho romano clásico y postclásico con algunos ingredientes y aditamentos medievales.

8. Ya casi al final del libro, en página 261, se puede leer: “y es que, en definitiva, los indicios capaces de revelar la relación entre una persona y un lugar; a efectos de determinar antes su domicilio, ahora su residencia habitual, son esencialmente los mismos: *nihil novum sub sole*”. Esto es verdad y no es verdad, como el gato de Schrödinger, que existe y no existe al mismo tiempo. Es cierto que los mejores argumentos jurídicos son los clásicos. Sin embargo, la realidad del siglo XXI es nueva. No es la realidad de los tiempos de Octavio Augusto. Por eso también, este libro acierta al demostrar que los argumentos clásicos son los idóneos para afrontar la realidad líquida, hipóveloz, post moderna y cambiante de nuestros días. Es misión del jurista estudiar, estudiar y estudiar para saber proyectar las soluciones jurídicas clásicas al mundo de hoy. Con esta monografía en su equipaje bibliográfico, el jurista teórico y práctico del siglo XXI camina con paso firme, sólido y seguro, pues es consciente de que lleva consigo las mejores soluciones. Por eso, el jurista que lea esta monografía sonrería y a nada tendrá miedo.

M^a VICTORIA CUARTERO RUBIO y JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA (Directores).
La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica. Tirant lo Blanch, 1^a Edición, 424 págs.
ISBN 9788411132978.

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

DOI: 10.20318/CDT.2022.7254

1. Este libro constituye un acercamiento a los aspectos de la regulación jurídica de la familia actual en un contexto internacional, lo que equivale a afirmar que este libro se pregunta sobre el concepto de familia. También se pregunta sobre el valor de la familia como modo de vida y de organización social. El Derecho internacional privado es un excelente banco de pruebas para proporcionar respuestas a estos interrogantes. Porque la alternativa axiológica existe: el Derecho internacional privado europeo es divorcista, por ejemplo, y ello plantea el reto de conciliar la protección de la familia con el libre desarrollo de la personalidad.

2. Se abre el libro con una sugerente reflexión debida a Guillermo Palao Moreno, que trata sobre los “Reglamentos europeos en materia de familia: cuestiones abiertas y problemas prácticos”, que se presenta como pórtico de entrada de esta obra. Resulta destacable el capítulo dedicado al “Reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, de Rafael Arenas García. En este capítulo, el método del mutuo reconocimiento de resoluciones y situaciones jurídicas en la Unión Europea es sometido al análisis más ortodoxo, tanto es así que se habla incluso de un “derecho al reconocimiento” de tales resoluciones y situaciones jurídicas. Es interesante este planteamiento porque sugiere que tal derecho subjetivo es un derecho personal y familia que, además, sólo existe en un escenario internacional.

3. No falta un acercamiento más práctico (“La circulation des actes de l’État civil au sein de l’Union européenne”), debido a Nicolas Nord. Porque, al final, en la vida de cada día, cuenta y

cuenta mucho saber si un certificado de estado civil expedido en un Estado puede surtir efectos legales en otro. Los problemas temporales está bien tratados en “La famille et les problèmes de droit transitoire”, escrito por Amélie Benoistel. La obra entra en una nueva dimensión con el brillante trabajo de Mónica Guzmán Zapater, “La falta de una noción común De matrimonio: ¿una anomalía del derecho internacional privado europeo?”, en el que, con rigor y sentido práctico a la par, la profesora Guzmán Zapater deja caer la madre de todas las preguntas: ¿cómo lograr la uniformidad de soluciones en el sector de la familia internacional si no se sabe cuándo existe un matrimonio, qué es un matrimonio y cuándo es válido o nulo un matrimonio? La pregunta no tiene respuesta y esta contribución deja bien claro, negro sobre blanco, que el efecto útil del Derecho europeo en este sector se ve seriamente perjudicado

4. De un modo claramente normativista, el capítulo rubricado como “El proceso de elaboración normativa en la unión europea: a propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, debido a Andrés Rodríguez Benot, trata con el rigor y la profundidad que el autor tiene acostumbrados a los expertos de Derecho internacional privado, los reglamentos aludidos. Destaca con claridad su tratamiento, fino y elegante, de la cuestión de la adaptación entre la Ley aplicable a las sucesiones y al régimen económico matrimonial.

5. En la contribución llamada “La relación entre los Reglamentos parejas: (UE) 2016/1103 y 2016/1104 y el Reglamento sucesiones: (UE) n°

650/2012”, precisamente, ahonda en este tema, con su el rigor que caracteriza a su autora, Ana Fernández-Tresguerres García.

6. Tras el éxito llega la crisis: en el capítulo titulado “Crisis familiares Your place or mine? Jurisdiction in matrimonial and related proceedings – a Scottish perspective” Janeen M. Carruthers ilustra al lector con una disertación escocesa y británica sobre la regla de oro en el sector del divorcio: el domicilio antes y después del Brexit. Es curioso comprobar cómo las reglas pre-Unión Europea resucitan ahora tras el Brexit pero con una cierta influencia del Derecho internacional privado europeo.

7. Especial interés reviste la aportación de Esperanza Castellanos Ruiz, que versa sobre “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”. Ese interés deriva de múltiples factores: el tratamiento dogmático de las cuestiones, su estilo directo y claro y la utilidad práctica del texto. Esperanza Castellanos Ruiz realiza un excelente tratamiento crítico de la “vis atractiva del juez del divorcio internacional” en el que demuestra que el juez del divorcio es más poderoso que el juez del menor. Un análisis con vetas de madera noble sobre las resoluciones judiciales españolas más señeras en la materia ilustra tanto las tendencias futuras en el sector como las cuestiones abiertas, lo que, sin duda, abrirá los ojos al lector para afrontar los desafíos del Derecho internacional privado de la tercera década del siglo XXI.

8. “La aplicación del Reglamento 2201/2003 por el Tribunal Supremo: respuestas a cuestiones problemáticas” es el título de la contribución de Beatriz Campuzano Díaz. Destaca con plena corrección la autora la complejidad de las reglas positivas y las dificultades de la jurisdicción española al tratar de ponerlas en práctica. Ya en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio, “La cooperación reforzada en derecho aplicable a la separación y el divorcio: el reglamento Roma III. Diez años de aplicación” es la aportación de José Manuel Velasco Retamosa. En la misma se ponen de relieve

las ventajas de una cooperación reforzada: Roma III, pero también sus límites.

9. Ya en el campo de los menores, M^a Victoria Cuartero Rubio aborda el tema de la sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de la Haya de 1980 y la ponderación. En su texto el lector encontrará un examen contenido y riguroso sobre las garantías procesales en estos procesos que deben girar en torno al interés del menor. Pilar Jiménez Blanco trata sobre el derecho de los españoles a residir en España con sus cónyuges extranjeros, lo que resulta particularmente acertado pues el Derecho de Extranjería opera de modo simultáneo con las reglas de Derecho internacional privado y el buen jurista debe tener presente ambas normativas. Particular atención, muy cuidada, se presta a la evolución de la práctica jurisprudencial y al derecho a la vida familiar de los españoles con sus cónyuges en España.

10. Se cierra este volumen con dos disertaciones sobre la inserción de la mujer inmigrante en el mercado de trabajo y las dificultades de conciliar la vida familiar personal y laboral, de Pilar Charro Baena, -un análisis interesante con perspectiva de género de sobre la realidad jurídica de las migraciones-, y sobre los intereses diplomáticos y migratorios en la protección del menor del S. XXI en relación con el menor en kafala, escrita y muy bien escrita por Ana Quiñones Escámez.

En suma, el lector encontrará al explorar las páginas de este libro con un examen ponderado y atractivo del Derecho internacional privado europeo en estado de construcción.

11. Dicho análisis invita a la reflexión sobre los valores que deben inspirar las normas de Derecho internacional privado europeo que regulan las situaciones familiares transnacionales. Porque la vida actual de las familias es líquida, veloz y es internacional y por eso, el Derecho internacional privado es una de las columnas maestras sobre las que se edifica la vida familiar del siglo XXI. Con este libro, el lector estará perfectamente pertrechado para conocer los problemas y las soluciones del actual Derecho de familia internacional.

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ. *La relación laboral internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 653 pp. ISBN: 978-84-1113-442-2

DAVID CARRIZO AGUADO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

DOI: 10.20318/CDT.2022.7255

1. Como es bien sabido, los cambios auspiciados por la tecnología de la información, la globalización financiera y comercial y la intensificación de procesos regionales de integración económica, particularmente en la Unión Europea, tienen consecuencias sobre toda la economía mundial, en general, y sobre las relaciones laborales, en particular. En este sentido, la interrelación del medio local con los nuevos espacios de la globalización ha supuesto un nuevo escenario para el mercado de trabajo, que juega un rol clave en las relaciones entre competitividad económica y cohesión social en naciones, ciudades y regiones. Sin duda, junto a esto se halla el papel que el empleo ha jugado en la construcción de las sociedades modernas. En efecto, el mercado de trabajo tiene la capacidad de transmitir los impactos externos de la economía y de los procesos de reestructuración interna a las perspectivas de empleo, ingresos y calidad de vida, tanto de los individuos como de los distintos colectivos o comunidades.

2. Así las cosas, en el marco introductorio el Dr. ESPINIELLA MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo, establece un magnífico planteamiento secuencial basado en cinco objetivos que se pueden resumir en: 1. Dotar de la máxima seguridad jurídica a la relación laboral. 2. Adecuar las respuestas jurídicas al hecho de que la relación laboral puede ser de corta, media o larga duración. 3. Tratar el cumplimiento y funcionamiento no conflictivo de la relación. 4. Prevenir el conflicto. 5. Conseguir un tratamiento más acorde con las expectativas jurídicas de las partes. Esta perspectiva, según el autor, tiene una interesante y clara

consecuencia: la transición del análisis más clásico del “Contrato de trabajo internacional” al análisis más innovador de la “relación laboral”.

3. Con estos mimbres, la obra está dividida en siete capítulos. El primero de ellos, lleva por título *Celebración del contrato internacional de trabajo*. El Prof. ESPINIELLA propone al lector un valioso recorrido por diversas cuestiones. A saber, la fase previa a la celebración del contrato en el que trata temas destacados de significativa trascendencia, en particular, los acuerdos internacionales de negociación y la responsabilidad por daños transfronterizos en los tratos previos. Seguidamente, la capacidad en la contratación laboral abordando fabulosamente elementos acerca de la minoría de edad, discapacidad, capacidad de trabajar en el Estado de prestación y la reducción y/o elevación de la edad para contratar. También, el intrincado marco de la regularidad en la contratación laboral internacional afrontando componentes del Derecho de Extranjería, no sin advertir de las inequívocas consecuencias ante la falta de autorización, el procedimiento y requisitos de regularización, así como la gestión colectiva en origen, constituyendo esta última una pieza clave en el íter de la contratación. Asimismo, hace frente grandilocuentemente al eje vertebral del contenido del contrato de trabajo internacional, analizando su Ley aplicable, la incidencia de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y las limitaciones impuestas por las normas de orden público en materia contractual y de seguridad social.

4. Como continuación a este minucioso estudio, el capítulo II rubricado *Configuración de la*

relación laboral internacional encara el arduo camino de explorar jurídicamente determinadas situaciones especiales que afectan a la relación laboral transfronteriza bajo un prisma sumamente sugestivo en tanto que la especialización de la relación laboral está compuesta de situaciones diversas y heterogéneas. A este respecto, el DR. ESPINIELLA acertadamente clasifica la concepción de la relación laboral por razón de la condición –temporal y espacial-, de la cualificación –en formación, alta cualificación, alta dirección e investigador internacional-, y de la naturaleza del empleador transfronterizo –sociedad laboral, empleador público transfronterizo y empresas de trabajo temporal transnacionales-.

5. El capítulo III hace muestra de la ejecución de la relación laboral desde un triple enfoque: Régimen general, accidentes y enfermedades durante el desarrollo de la prestación laboral internacional y el desarrollo irregular de la actividad laboral. El autor deja latente al lector que, al reflexionar sobre el estatuto de derechos y obligaciones del trabajador en una relación laboral internacional se debe asumir, como punto de partida que será de aplicación, la ley rectora de dicha relación laboral.

6. *La alteración de la relación laboral internacional* será el hilo conductor del capítulo IV el cual está dividido en tres clarificadoras partes. La primera “por circunstancias objetivas del contrato internacional” en la que será el Reglamento (CE) 593/2008 la norma que se ocupe de las modificaciones sustanciales en el contrato individual del trabajo. En segundo lugar “por circunstancias subjetivas de las partes transfronterizas” entra en juego el papel de las subcontratas internacionales, sujetas tanto a obligaciones de Derecho público como privado, las sucesiones internacionales de empresas, las cesiones internacionales de trabajadores y las interferencias de los grupos multinacionales de sociedades de la relación laboral. Y, por último, “por circunstancias espaciales internacionales” dando a conocer las consecuencias de los traslados permanentes y temporales al extranjero, en tanto en cuanto el nudo gordiano resulta ser la modificación del lugar de ejecución de la prestación habitual del trabajo además de un cambio de residencia habitual. Incluso, a mayor abundamiento, el Prof. ESPINIELLA apunta sensatamente que el traslado puede deberse a la

puesta en marcha de un nuevo centro de trabajo, a la movilidad dentro del propio centro de trabajo o al traslado del centro de trabajo, bien como sede principal o centro secundario del empleador. Interesa destacar la formidable aclaración desempeñada por el autor en relación con los desplazamientos temporales llegados a territorio español, dado que en el ordenamiento jurídico patrio existen dos regímenes de extranjería para nacionales de terceros Estados, cuya terminología puede inducir a error: uno constituye el de “prestación transnacional de servicios” establecido en la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y otro, el de “traslados intraempresariales” arbitrado por la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*.

7. A continuación, el sexto de los capítulos se ocupa de la *Extinción de la relación laboral internacional* en el que el DR. ESPINIELLA desarrolla, por un lado, el régimen individual, y por otro, el colectivo y, como broche de cierre establece las reglas comunes en esta materia. Interesa poner de relieve cómo de manera brillante, el autor hace un recorrido por las diversas causas individuales -por voluntad del trabajador, por voluntad del empresario, por pacto contractual y por causa ajena a las partes- y colectivas -expedientes de regulación de empleo e insolvencia transfronteriza del empleador- bajo el prisma de la Ley aplicable y su tratamiento jurisprudencial en sede del Tribunal de Luxemburgo. El lector hallará un profundo estudio respecto de la insolvencia transfronteriza del empleador, constituyendo esta compleja materia uno de los segmentos en los que el Dr. ESPINIELLA MENÉNDEZ alumbró una obra que supone un referente de vital importancia no solo a nivel nacional, sino europeo e internacional.

8. El último de los capítulos titulado *Litigación sobre la relación laboral internacional*, el Prof. ESPINIELLA fracciona su contenido en tres partes muy bien diferenciadas. En la primera efectúa un exhaustivo examen de la competencia judicial internacional valorando la eficacia de la voluntad de las partes, los foros relacionados con las partes en ausencia de pacto -domicilio del demandado, domicilio de los empleadores, sucursal de la empresa, nacionalidad del empleador público-, los foros relacionados con la prestación laboral -lu-

gar de la prestación habitual, lugar de producción del daño, lugar de la celebración del contrato-, y los foros relacionados con el proceso, con especial incidencia en la reconvención internacional. La segunda profundiza en torno al desarrollo del proceso laboral transfronterizo, afrontando componentes de suma importancia como la Ley del proceso laboral transfronterizo -*Lex fori* laboral estatal y *Lex fori* laboral europeo-, aspectos de la notificación internacional en materia laboral, así como la prueba -medios, presunciones y carga- en el marco del procedimiento laboral transfronterizo. La tercera aborda el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras estableciendo el cauce procedimental y el control de garantías que debe seguir el juez en este ámbito.

9. A modo de colofón, el autor nos ofrece dieciséis preciadas conclusiones permitiendo a todos aquellos que admiramos su obra gozar de unas sendas reflexiones sobre el tema descrito. Sin lugar a duda, los planteamientos y reflexiones son el resultado de un trabajo sólido de investigación. Se adentra en una reflexión cimentada sobre pila-

res robustos que apoyan con rigor y determinación la temática abordada, persiguiendo incentivar el debate doctrinal en aras de conferir la necesaria protección al trabajador transfronterizo situado en el mapa contractual con visos de evidente fragilidad, derivándose por tal la necesidad de un sistema específico de protección para aquellas situaciones obligacionales que están conformadas por este. En el desarrollo argumental de la monografía el autor sigue un mismo parámetro de precisión y claridad, características ambas que son muy de agradecer en una temática tremendamente complicada. Con todo, se torna indispensable afirmar que nos encontramos ante una monografía que constituye una obra de referencia para las venideras generaciones y, no cabe duda que también para las presentes, pues destaca por su pensamiento coherente y claro derivado de los razonamientos esgrimidos a lo largo de seiscientos cincuenta y tres páginas escritas con entusiasmo y sustentadas en una doctrina sólida y congruente, acompañada de un prontuario que permite comprender de manera concisa y sustancial las características distintivas aplicables al mundo de las relaciones laborales internacionales.

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO. *Derecho Privado de Internet*. 6ª ed. Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2022, 1612 pp., ISBN: 978-84-1390-679-9

M^a VICTORIA CUARTERO RUBIO
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

DOI: 10.20318/CDT.2022.7256

1. En el año 2000 el prof. P. A. de Miguel Asensio escribió una monografía sobre *Derecho privado de Internet* (Madrid, Civitas, 2000, ISBN: 84-470-1409-6). La obra ha sido objeto de sucesivas ediciones y constituye un clásico en la literatura jurídica. La elección del tema y el planteamiento sistematizador fueron, sin duda, un acierto. Como, también sin duda, se trataba de una materia de estudio muy exigente de cara al futuro. El régimen jurídico de Internet y las actividades desarrolladas a través de las redes digitales requieren una permanente actualización pues la propia dinámica del sector genera problemas nuevos y redefine el contexto de los conocidos a una velocidad extraordinaria, difícilmente equiparable a cualquier otro ámbito de lo jurídico. El objeto de esta reseña es la reciente publicación de la sexta edición de la obra. La revisión anterior data de 2015 (5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, ISBN: 978-84-470-4202-9). En este universo, siete años son otro libro, con un extraordinario valor añadido a la saga, tanto en lo relativo a la actualización en términos legislativos y jurisprudenciales, cuanto respecto de la reflexión e incorporación de nuevos tópicos y problemas. Es elocuente que, frente a la versión de 2015, haya pasado de 1150 a 1612 páginas; un crecimiento significativo en proporción al experimentado entre anteriores ediciones.

2. Esta nueva edición se realiza con respeto a la estructura de la versión anterior. La resiliencia del esquema expositivo, signo de la consistencia de la ordenación de contenidos construida, es un dato que hay que subrayar. Así, el libro se divide en siete capítulos: primero, “Caracterización

y organización de Internet: perspectiva jurídica”, segundo, “Servicios de la sociedad de la información”, tercero, “Protección de datos personales”, cuarto, “Prácticas desleales, comunicaciones comerciales y competencia”, quinto, “Propiedad industrial”, sexto, “Derechos de propiedad intelectual” y, séptimo, “Contratación”. Habida cuenta de que se trata de un trabajo sobradamente conocido, no solo en el ámbito internacional privatista sino en la comunidad jurídica en general, baste enumerar los temas generales tratados en la obra para establecer el entorno jurídico, y pasar a considerar las innovaciones que se incluyen en este texto de 2022 que reseñamos. Antes de entrar en el fondo, conviene advertir de alguna novedad formal, como el cambio en el sistema de numeración de párrafos, así como de un incremento notable del anexo bibliográfico.

3. Como se ha señalado, la sexta edición incorpora novedades fundamentales; incluso en los primeros Capítulos, que proporcionan el marco para los siguientes desarrollos. El Capítulo primero, “Caracterización y organización de Internet: perspectiva jurídica”, en esencia se mantiene, si bien se da relevancia a algunas cuestiones que marcan la realidad de los últimos años, de forma singular, la ciberseguridad (apdo. I), pero también otras como la computación en nube o la generalización de las plataformas en el contexto del marco contractual de acceso y presencia en Internet (apdo. IV). En el Capítulo segundo, “Servicios de la sociedad de la información”, amén de visibilizar los problemas asociados a las plataformas, la revisión del texto es deudora de las nuevas normas que regulan el sector, de particular interés en las situaciones trans-

fronterizas, como el Reglamento (UE) 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior, el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y el Reglamento (UE) 2021/784 sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea (apdo. II). Asimismo hay que destacar la inclusión de un análisis detenido de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre una ley de servicios digitales y los cambios que anuncia respecto del régimen jurídico de los prestadores de servicios de intermediación (apdo. IV. 6).

En algunos temas la actualización de la obra conduce a una transformación sustancial de los contenidos. Es el caso del Capítulo tercero relativo a la “Protección de datos personales” en el que se hace un estudio profundo y pormenorizado del nuevo marco legal resultante, en particular, de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos Personales y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Del mismo modo hay que subrayar el protagonismo que adquiere el tratamiento de datos en el marco de ciertos servicios (sitios web, redes sociales, buscadores y derecho al olvido, servicios de publicidad y empleo de *cookies*), con atención a sus más complejas manifestaciones como computación en nube, Internet de las cosas y *big data* (apdo. V).

También es sustancial la revisión del Capítulo cuarto, “Prácticas desleales, comunicaciones comerciales y competencia”. En cuanto a las prácticas comerciales desleales la actualización viene requerida en buena medida por el precitado Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea, que redefine el marco jurídico a la luz de la economía de las plataformas (apdo. I). En punto a las comunicaciones comerciales y las limitaciones a la publicidad y comercio de determinados productos y servicios, cobran relevancia otros tópicos, como las omisiones engañosas o los *influencers*, incluyendo el análisis de las novedades aportadas por la Directiva 2019/2161, incorporada mediante Real Decreto-ley 24/2021 (apdo. IV). Por su especial interés, conviene señalar la incorporación de un apartado específico sobre de-

fensa de la competencia, donde se hace un análisis prospectivo de la Propuesta de la Comisión del Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (apdo. VI).

El Capítulo quinto, “Propiedad industrial”, resulta menos afectado, pero también aborda nuevos problemas (como los mecanismos de tutela de las herramientas de inteligencia artificial, los directores en línea dentro del epígrafe dedicado a la protección de marcas o el régimen de protección de los derechos de propiedad industrial unitarios frente a actividades de infracción en línea). Más incisiva es la revisión del Capítulo sexto, “Derechos de Propiedad intelectual”, donde se introducen temas novedosos (tratamiento masivo de datos e inteligencia artificial) y se acrecienta la atención a otros (bases de datos, derecho de comunicación pública, agotamiento y comercialización en línea). De forma especial hay que subrayar el estudio detenido que se realiza de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, norma con un impacto transversal en la obra pero puntualmente notorio, por ejemplo, en el apartado relativo a los límites de los derechos exclusivos (apdo. IV). En cuanto al régimen jurídico de ciertas actividades y servicios, la actualización es relevante en particular en lo atinente a las redes p2p y sitios de enlaces, así como en los nuevos apartados dedicados a agregadores de noticias y plataformas para compartir contenidos (apdo. VI). Al fin, en cuanto al último apartado relativo a la tutela de los derechos de propiedad intelectual es obligado destacar las reflexiones finales del autor sobre el mercado único digital y la eventualidad del establecimiento de títulos unitarios (apdo. VII. 4), de extraordinario calado en el plano transfronterizo.

Por último, el Capítulo séptimo, “Contratación”, se ve severamente afectado por el impacto de novedades legislativas tales como la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, incorporadas mediante Real-Decreto-ley 7/2021. Pero igualmente por la precitada Directiva (UE) 2019/2161, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, el Reglamento (UE) 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas

en el mercado interior y el precitado Reglamento 2019/1150; o, en el plano de la producción interna, la Ley 6/2020 de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Todas estas normas se integran en la estructura de problemas de la obra y son objeto de estudio pormenorizado. Además de la inclusión de las innovaciones legislativas, se observa el necesario crecimiento de algunos tópicos como los contratos de consumo mediante plataformas y mercados en línea y la mayor atención a los *smart contracts* y su caracterización típica como mecanismo para facilitar la ejecución automática de ciertas obligaciones de un contrato subyacente (apdo. II), o los criptoactivos en punto a la ejecución de las obligaciones y las perspectivas de su regulación en la Unión Europea (apdo. IV).

4. Pero esta aproximación “por Capítulos” a algunas de las principales aportaciones difícilmente refleja el valor añadido de esta nueva edición. Porque más allá de estas cuestiones puntuales el trabajo en su conjunto es objeto de una completa revisión. Primero, a resultados de las novedades legislativas. Hemos citado algunas al hilo de problemas concretos pero, en general, se trata de normas que provocan un impacto transversal en la obra, por ejemplo, ya lo hemos dicho, la Directiva (UE) 2019/790; o, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2018/302 sobre geobloqueo. Segundo, y con el mismo efecto transversal, la revisión integral resulta de la incorporación de la jurisprudencia más reciente. En efecto, la nueva edición refleja de una forma exhaustiva los avances imprimidos por la jurisprudencia: del TEDH a la jurisprudencia menor, pasando por TJUE, TC y TS. En algunos casos, este impacto conduce a una auténtica reelaboración del tópico; por ejemplo, en lo atinente a la Intromisión en el honor, la intimidad y la propia imagen, incluido en el interesantísimo apdo. relativo a la responsabilidad por contenidos ilícitos en Internet (Capítulo segundo, apdo. III. 2). Y, tercero, como consecuencia de los cambios en algunos apartados, otros son repensados o reestructurados. Es el caso de los dedicados en sucesivos capítulos a la dimensión internacional; por ejemplo, en el Capítulo séptimo, sobre Contratación, donde una nueva ordenación de contenidos prima la dualidad de regímenes especial de consumo *versus* general o los mecanismos alternativos de solución de controversias.

5. Aunque en esta reseña nos hemos ceñido a las innovaciones incorporadas, algunas fortalezas que son un continuo en la saga merecen ser destacadas pues adquieren particular valor en esta última edición. La primera, su carácter enciclopédico. Nos referimos al volumen de información que se maneja (es un libro; podrían ser siete monografías). Pero, sobre todo, al sistema: el modelo de obra-sistema, que ordena de forma completa la compleja y creciente realidad jurídica de Internet. La facilidad con que se integran en el esquema las muchas y diversas novedades es significativa. La segunda fortaleza precisa colocar el texto que reseñamos en el contexto del trabajo del autor. En efecto, *Derecho privado de Internet* se erige como clave de bóveda de una investigación expansiva del tema, que se despliega en forma de otros libros (*Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, ISBN: 978-1-78811-081-5, vid. reseña de A. Espiniella Menéndez, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1495-1497), artículos doctrinales y colaboraciones en libros colectivos y, en particular, del blog del autor (<https://pedro-demiguelasensio.blogspot.com/>). En este sentido, en la nueva edición no solo se organizan las novedades emergentes sino que cristaliza un ingente trabajo investigador. La tercera tiene que ver con el estilo. La obra está escrita con una precisión y un rigor técnico iusprivatista dignos de mención y se utiliza la mirada de Derecho (internacional) privado para abordar de manera integral un problema global. Esta capacidad para elevarse sobre la especialización internacional privatista pero optimizando lo que significa y aporta sigue siendo seña de identidad. Pero conforme la realidad se complica, resulta más inmediato que este es el enfoque idóneo.

6. La sexta edición de *Derecho Privado de Internet* es un tratado sistemático y exhaustivo sobre el régimen jurídico de Internet y las actividades en las redes digitales. Es el libro de referencia obligado para cualquier jurista que se enfrente con situaciones jurídico privadas en este entorno. Contiene los problemas actuales y emergentes, y las normas jurídicas y la jurisprudencia actualizadas. Expone problemas, tendencias y fuentes de forma rigurosa y con un análisis profundo y crítico. En síntesis, es una obra clásica y una edición impresci

INMACULADA VIVAS TESÓN. *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*. Tecnos, Madrid, 2021, 228 páginas.
ISBN: 978-84-309-8494-7.

ISABEL ESPÍN ALBA
Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada C.U.)
Universidad de Santiago de Compostela

DOI: 10.20318/CDT.2022.7257

1. Tan pronto el lector comience a leer las primeras páginas de esta obra advertirá que no se trata de una al uso, pues su entidad y fuerza van más allá del análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia vertidas sobre una concreta materia elegida como objeto de investigación al que solemos estar acostumbrados en el mundo del Derecho. La razón es muy sencilla: la autora, la Profesora Vivas Tesón, parte de cero (y ello es sumamente difícil) a la hora de examinar o, mejor dicho, denunciar, cómo ha sido la vida de 4,38 millones de personas (94,9 de cada mil habitantes), según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) del año 2020, publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 19 de abril de 2022 (de modo que la cifra ve la luz ya con cierto desfase) durante estos dos largos años de pandemia mundial provocada por el coronavirus SARS-CoV-2.

2. Es a partir de su atenta y rigurosa observación de la realidad en su condición de espectadora jurídica cómo la autora realiza un viaje, en clave de derechos, por las vidas de miles de personas durante esta crisis sanitaria, denunciando, fundadamente y sin hipérbole alguna, las fallas de nuestro sistema y de sus políticas públicas. Se trata, pues, de un ensayo multidisciplinar como lo ha sido también la estrategia jurídica frente al virus y sus estragos, que ha debido ir más allá de los angostos límites de una concreta disciplina involucrando, como jamás antes había sucedido, a todas las ramas de nuestro ordenamiento, tanto las de Derecho privado como las del público. Se trata, sin más, de la omnipresencia del Derecho en todo aquello que concierne al ser humano

Esta obra recoge, con profunda preocupación, verdades evidentes, meditadas consideraciones y sugerentes reflexiones acerca de un colectivo de ciudadanos que sistemáticamente ve vulnerados sus derechos y, como no podía ser de otra manera, también y, sobre todo, durante una situación de emergencia sanitaria como la que irrumpió en el mundo entero, oficialmente, en marzo del año 2020. Precisamente porque siempre caen en el olvido alcanza una relevancia especial esta monografía, única publicación que relata lo tristemente acontecido, lo que dota de un valor indiscutible a esta aportación académica.

3. Y no puede sorprender en absoluto que sea Inmaculada Vivas Tesón la autora de estas más de doscientas páginas, pues es sobradamente conocida su honda involucración en la defensa jurídica de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias desde hace más de una década. Mucho antes de que nuestro Código civil fuera reformado por la Ley 8/2021 y ello despertara un repentino interés en la materia en sus comentaristas, la Prof^a. Vivas Tesón ya centraba sus publicaciones científicas en los distintos instrumentos jurídicos destinados a mejorar la vida de las personas con discapacidad y en la imperiosa necesidad de ofrecer distintos mecanismos de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica frente al único existente hasta el 3 de septiembre de 2021, la incapacitación judicial y su consiguiente exclusión de una sociedad a la que parecen estorbar y mucho las personas vulnerables.

Antes de hacer un breve recorrido por su contenido, debo destacar dos datos que, por sí solos, acreditan, con creces, la enorme calidad del traba-

jo: uno, esta monografía fue acreedora del Premio de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en el año 2021 y, otro, está prologada por Luis Cayo Pérez Bueno, Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad.

4. La monografía de la Dra. Vivas Tesón está estructurada en siete capítulos y cuenta con una extensión de 228 páginas.

Pasando a acotar, de manera sintética, algunas de las principales cuestiones que desarrolla la Prof.^a Vivas Tesón, lo primero que hace la autora es poner en contexto al lector y, para ello, lo coloca frente al espejo con el fin de que compruebe por sí mismo que las pandemias se hacen más fuertes con los más débiles, agravando exponencial y cruelmente las desigualdades. En palabras de la autora, la del Covid-19 es, como las que la han precedido, la pandemia de la injusticia y la desigualdad. En su opinión, demasiados han sido los despropósitos que durante esta emergencia epidemiológica se han cometido, particularmente, hacia el colectivo de las personas con discapacidad y el de las mayores, que no son, necesariamente, el mismo.

Tras criticar el imperdonable olvido de las personas con discapacidad en el Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una pandemia de gripe y recordarnos el lema de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, “no dejar a nadie atrás”, la Dra. Vivas Tesón nos proporciona algunas cifras oficiales, muy pocas, dado que España compila datos en el sector de la salud pero sin desagregarlos con la variable de la discapacidad. Pese a ello, proporciona datos relativos a los fallecimientos acontecidos en centros residenciales, que, como indica la autora, no son meros números, sino cifras de personas que han perdido la vida cuando no les tocaba. Han muerto, sencillamente, por fallos de nuestro sistema socio-sanitario, ocasionando ello un grave daño del que, a día de hoy, nadie ha asumido responsabilidades de ningún tipo.

En el Capítulo V, el más extenso de la obra, la Dra. Vivas nos hace ver cómo el confinamiento impuesto por el estado de alarma “confinó” también los derechos de las personas con discapacidad y sus familias. De un lado, el colapso del sistema sanitario y el miedo al contagio a la hora de acudir al hospital durante esta pandemia provocó un descenso asistencial en urgencias a las personas con

discapacidad con patologías distintas al Covid-19, lo que, en ocasiones, se tradujo en un aumento de defunciones en sus casas o residencias. La reorganización de la atención primaria dejó desatendidos a pacientes crónicos con diversas patologías. Y lo más sangrante es que la escasez de recursos asistenciales y sanitarios (como los respiradores) quiso, inicialmente resolverse, excluyendo a las personas con discapacidad y a los adultos mayores del triaje. Como, con acierto, señala la autora, la selección apriorística de pacientes según un criterio de utilidad social a efectos de prestación de los recursos médicos vitales es, sin duda, discriminatoria y vulnera los derechos humanos, los principios básicos de la Bioética y el ordenamiento jurídico español, del que forman parte tanto la Convención de los derechos del niño como la de los derechos de las personas con discapacidad. Dicho parámetro utilitarista es digno de perversos programas eugenésicos de épocas pretéritas faltos de ética, inmorales e ilegales, afirma Vivas Tesón.

A continuación aborda cómo impactó la pandemia en la economía de las personas con discapacidad y sus familias al asumir un sobrecoste de las medidas de prevención y seguridad (mascarillas, gel hidroalcohólico, pruebas diagnósticas, equipos de protección, etc.) contra el coronavirus SARS-CoV-2, el cual se sumaba al que ya suelen afrontar para dar cobertura a las necesidades derivadas de su discapacidad.

Vivas Tesón aborda distintas cuestiones de interés en torno a la atención domiciliaria y hospitalaria de las personas vulnerables, como la relativa al consentimiento informado del paciente con discapacidad previsto en la Ley 41/2002, norma que, inexplicablemente, no ha sido modificada por la Ley 8/2021, lo que está generando no pocos problemas interpretativos en la práctica. Apunta también que la regulación del uso de las medidas de contención en pacientes con alteraciones de conducta es una asignatura pendiente y pone sobre la mesa con ocasión del contagio del Covid-19 la responsabilidad civil médica por infecciones nosocomiales, uno de los principales problemas de la sanidad actual debido a las altas tasas de morbilidad y mortalidad que generan.

El confinamiento domiciliario para reducir el número de contagios y hacer frente al virus no afectó a todos por igual, como hace ver la Prof.^a Vivas Tesón, puesto que, para algunas personas con discapacidad, como las que tienen alteraciones conductuales las salidas a la calle eran una necesi-

dad terapéutica. Tras ser advertido de ello el Ejecutivo por el movimiento asociativo, el Ministerio de Sanidad aclaró que a ellas les estaba permitido realizar breves desplazamientos por las vías de uso público siempre que respetasen las medidas de seguridad necesarias para evitar el contagio. No obstante, algunas fueron multadas y otras recibieron gritos e increpaciones de los “policías del balcón”.

Incomprensible fue la falta de accesibilidad cognitiva de la que adoleció la información y comunicación durante la pandemia. La autora hace una enumeración detallada que da buena fe de ello, pero yo quisiera destacar una: tardamos casi un año en homologar las mascarillas transparentes para personas con discapacidad auditiva, esto es, durante casi un año, muchas personas con hipoacusia o con un Trastorno del Espectro Autista, para las que la lectura de labios y las expresiones faciales resultan indispensables en su vía diaria, estuvieron excluidas del mundo hablado.

Las niñas y mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género fueron más invisibles que nunca durante la pandemia. Ellas nunca son una prioridad, dice Vivas Tesón.

Y otro de los nefastos efectos del coronavirus ha sido la soledad no deseada, la que la Dra. Vivas denomina “la otra pandemia”. Son las muertes indirectas del virus SARS-CoV-2.

El Capítulo VI se recogen algunas dudas legales generadas por la campaña de vacunación contra el Covid-19, la cual, en España, tiene carácter voluntario.

La primera de ellas la planteó la inoculación de la primera dosis de la vacuna de manera irregular a algunos cargos públicos y se debían o no publicarse sus datos a la luz 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) y, de otro, la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la cual ha derogado la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

Otra problemática de enorme interés que se recoge en la obra es la que suscitó la negativa de quienes debían prestar el consentimiento informado por sustitución para que les inoculara la vacuna a sus familiares internos en centros residenciales

con sus facultades cognitivas y volitivas considerablemente afectadas. La Profª. Vivas Tesón da cuenta de los seis pronunciamientos judiciales dictados en relación a tales supuestos durante los meses de enero y febrero de 2021 y que autorizaron la vacunación forzosa de los adultos institucionalizados, inercia judicial a la que puso fin la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021. Inmaculada Vivas realiza un agudo análisis de los seis Autos judiciales, que califica de paternalistas, considerando que si en el momento de tomarse dichas decisiones hubiera estado ya vigente la Ley 8/2021, aquéllos contravendrían frontalmente su espíritu.

El último Capítulo mira hacia el futuro de las personas con discapacidad en la era post Covid-19. La crisis de salud pública devenida también en crisis social y económica nos conduce a un escenario complicado que puede conllevar un notable retroceso en los avances alcanzados hasta ahora en relación a los derechos de las personas con discapacidad en áreas clave como la salud, la educación, el empleo y la protección social, muy especialmente, a partir de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. La pandemia nos ha sacudido sin piedad y ha fisurado, de manera preocupante, los pilares de nuestros sistemas de protección de la salud y de los servicios sociales, interpelándonos hacia otro quehacer político y otras responsabilidades hacia los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, el horizonte es nítido y sólo puede materializarse en un modelo de igualdad inclusiva.

5. Esta obra es una llamada de atención, una denuncia y un lamento que han de servir de alerta para que, en venideras pandemias, no incurramos en los mismos errores y barbaridades que los cometidos con los derechos humanos de una parte de la ciudadanía que no puede seguir siendo la gran olvidada porque tiene “el derecho a tener derechos”.

6. Por todo ello, estamos en presencia de un riguroso trabajo de investigación que representa un valioso resultado de transferencia del conocimiento en el área de las Ciencias sociales y jurídicas, con un marcado alcance transversal. En consecuencia, su lectura y consulta se hace imprescindible para todos los operadores sociales y jurídicos interesados en el tema de los derechos de las personas con discapacidad.

I. CARACCILO; G. CELLAMARE; A. DI STASI, ANGELA y P. GARGIULO (Directores), *Migrazioni internazionali: Questioni giuridiche aperte*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, Pp. 767 Pp. ISBN 979-12-5976-263-4.

ANA CRISTINA GALLEGO HERNÁNDEZ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-3210-2776

DOI: 10.20318/CDT.2022.7258

1. El libro que se comenta es el resultado de un proyecto de investigación de 2017, financiado por el Ministerio de Universidades e Investigación del Gobierno de Italia, “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues”, el cual está coordinado por cuatro grandes líderes pertenecientes a cuatro Universidades Italianas de referencia en el Derecho Internacional: la Profesora Angela Di Stasi (como Investigadora Principal) de la Universidad de Salerno, la Profesora y Magistrada del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Ida Caracciolo de la Universidad de Campania, el Profesor Giovanni Cellamare de la Universidad de Bari y el Profesor Pietro Gargiulo de la Universidad de Téramo.

Debe reconocerse que la red multidisciplinar, dedicada al análisis de las migraciones internacionales, en vigor desde 2020 y en la que se ha frugado la referida investigación, continúa activa y que, como se desprende de la propia introducción de la obra, muestra el resultado intermedio de sus exigentes e interesantes objetivos.

2. El éxito de la referida obra colectiva ya está siendo una realidad porque su atractivo análisis se combina con su fácil localización, ya que este volumen publicado en una serie de la Revista “Freedom, Security & Justice: European Legal Studies” (la cual goza de la clasificación A, máxima puntuación italiana), además de en papel, está disponible en acceso abierto.

3. Los objetivos generales que persiguen justifican su valía y aportación doctrinal por sí mismo. Principalmente, se busca interrelacionar, con suma actualidad, la gestión de los flujos migratorios in-

ternacionales con el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados, lo cual acaba conectando con otros dos grandes objetivos específicos: el análisis de la garantía de los Derechos Humanos en los migrantes y el examen del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los sujetos de la comunidad internacional.

4. Así las cosas, el libro está dividido en cuatro grandes partes, una primera sección de carácter general (*Principios, definición de problemas y cuestiones regionales*) y otras tres partes que permiten el examen de cuestiones específicas como, *Cruce fronterizo y entrada* (Sección II), *Tratamiento de migrantes* (Sección III) y *Repatriación y expulsión* (Sección IV). En total, 31 trabajos científicos que magistralmente han elaborado 35 investigadores, como a continuación se esboza.

5. Partiendo de que, como es sabido por todos, las migraciones internacionales son un ciclón para todos los ordenamientos jurídicos, específicamente esta obra comienza abordando la *Migración regular e irregular en África Occidental: interacción e impacto en el sistema ECOWAS y en el proceso de integración económica subregional* (Silvia Angioi, pp. 17-39), *La solidaridad y sus límites en el nuevo Pacto sobre migración y asilo* (Francesco Buonomena, pp. 41-62), *Inmigración y desarrollo sostenible: un panel de análisis para las provincias italianas 2012-2020* (A. Ciccarelli, A. De Dominicis, M. Di Domizio, E. Fabrizi, E. Tota, pp. 63-82), *La libre circulación de personas en el continente africano: los obstáculos para la implementación de la Agenda 2063* (Francesca Graziani, pp. 83-110), *El respeto de los derechos*

fundamentales en la actuación de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Ivan Ingravallo, pp. 111-139), *El papel de Marruecos en la cooperación euroafricana y euromediterránea en materia migratoria* (Gian Maria Piccinelli, pp. 141-165), *Un estudio diacrónico sobre la terminología europea e internacional de la migración* (Francesca Vaccarelli, pp. 167-180) y *Migración de Marruecos a España: ecos literarios* (Paola Viviani, pp. 181-201).

6. De manera particular, los migrantes ostentan definidos derechos que deben ser garantizados por los correspondientes sujetos de derecho de manera efectiva en relación con: *Controles sanitarios en las fronteras exteriores de la Unión Europea en la perspectiva del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS* (Pia Acconci y Stefania Negri, pp. 205-223), *El “nuevo” Pacto Europeo sobre migración y asilo y la disciplina interna de la audiencia en los “procedimientos fronterizos”* (Luigi Iannicelli, pp. 225-252), *¿Devolución delegada? Notas sobre el marco legal de la contribución italiana a las retiradas de la guardia costera Libia* (Antonio Marchesi, pp. 253-269), *Desarrollos limitados del nuevo Pacto sobre migración y asilo en el tema de las rutas legales de entrada* (Giuseppe Morgese, pp. 271-296), *Externalización de fronteras en el nuevo Pacto migratorio y acuerdos de silo y “cooperación” con países africanos firmados por Italia* (Egeria Nalin, pp. 297-324) y *La protección internacional de los “migrantes climáticos”, entre límites normativos (persistentes) y perspectivas jurisprudenciales (recientes)* (Concetta Maria Pontecorvo, pp. 325-342).

7. Los autores en: *Migrantes económicos en los estados del Cáucaso: el caso de Georgia* (Andrea Borroni, pp. 345-361), *Migración forzada para buscar trabajo: iniciativas de la OIT para la contratación equitativa y el nuevo Pacto de la UE sobre migración y asilo* (Adolfo Braga, pp. 363-384), *El largo camino hacia el cumplimiento efectivo de los estándares internacionales para la protección de los trabajadores migrantes: el caso de Qatar con motivo de la organización de la Copa del Mundo 2022* (Ida Caracciolo, pp. 385-410), *Inmigración, impacto socioeconómico y mercado laboral* (A. Ciccarelli, A. De Dominicis, M. Di Domizio, E. Fabrizi, E. Tota, pp. 411-434), *La reforma prevista de la directiva de residentes de larga duración: límites de aplicación y desarrollos*

jurisprudenciales (Angela Di Stasi, pp. 435-463), *Las iniciativas de la Unión Europea para atraer talento y habilidades y la reforma de la Directiva Tarjeta Azul* (Pietro Gargiulo, pp. 465-493), *Solicitantes de asilo perseguidos por su orientación sexual e identidad de género: “límites” a la potestad de conocer la condición de refugiado* (Anna Iermano, pp. 495-519), *Apoyando la integración para sociedades más inclusivas: inmigración y derechos sociales en la jurisprudencia constitucional reciente* (Armando Lamberti, pp. 521-548), *Migración y trabajo: el caso de Túnez de país de salida a país de destino* (Anna Marotta, pp. 549-572), *El nuevo estatuto de protección inmediata conforme a la propuesta de regulación en situaciones de crisis y fuerza mayor: luces y sombras* (Rossana Palladino, pp. 593-616), *Educación y formación en el plan de acción de integración e inclusión 2021-2027: más confirmaciones que novedades* (Isolde Quadranti, pp. 617-642), *Menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: estado del arte y perspectivas de reforma* (Angela Maria Romito, pp.643-667) y *Violaciones de los derechos humanos de los migrantes en África: notas al margen del primer estudio piloto sobre Níger autorizado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (Annachiara Rotondo, pp. 669-690) son plenamente conscientes de que la gestión de los flujos migratorios desde el continente europeo sigue careciendo de contundencia a pesar de la pretensión jurídica de que se articulen fuertes políticas comunes.

8. Finalmente, se dedica una reducida pero categórica sección a esclarecer cómo en Europa, desde la propia Unión Europea pero igualmente importante, también, desde el Consejo de Europa, se aplican las garantías jurídicas a la hora de la expulsión de extranjeros, analizándose el *Principio de proporcionalidad y aplicación de la Directiva de Retorno*” (Giovanni Cellamare, pp. 696-718), *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. Origen histórico y alcance actual del derecho* (Alessandra Gianelli, pp. 719-736) y *¿La expulsión de inmigrantes irregulares viola el art. 3 de la CEDH? La actitud contradictoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Lina Panella, pp. 737-759).

9. En definitiva, una obra colectiva brillante que analiza equilibradamente y con absoluto rigor jurídico, aunque teniendo presente el interés

sociopolítico, el fenómeno migratorio principalmente dentro de las fronteras europeas, pero también en relación a aquellas zonas que más inciden en los intereses de nuestros Estados Miembros.

Consecuentemente, un trabajo científico de absoluto interés en la actualidad que, a pesar de ser un obra eminentemente científica y académica, resultará de gran utilidad a los distintos operadores

jurídicos que examinan directa o transversalmente las migraciones internacionales.

10. Por tanto, se recomienda fervientemente la consulta de esta ambiciosa investigación y felicitamos a sus autores por la impecable labor de análisis y a sus directores por el impulso, así como rigurosidad metodológica.

E. RODRIGUEZ PINEAU / E. TORRALBA MENDIOLA (dirs). *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*. Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi, 2021. ISBN 978-84-1391-289-9.

AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ
Profesor Titular Derecho internacional privado
Universidad de Alicante

DOI: 10.20318/CDT.2022.7259

1. Tal y como se ha analizado acertadamente en esta revista (GASCÓN MACÉN, A., “El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea”, *CDT*, vol 13-2, pp. 209-232), el Reglamento 2016/679 general de protección de datos (en adelante RGPD) constituye el inicio de un nuevo modelo regulatorio con el que las instituciones europeas pretenden legislar todos los aspectos relacionados con el mercado único digital. Así, siguen el modelo del RGPD el reciente Reglamento 2022/868 de gobernanza de los datos (DOUE L 152, de 3 junio 2022) y las propuestas de Ley de mercados digitales (Doc. COM(2020) 842 final), de Ley de servicios digitales (Doc. COM(2020), 825 final), de Ley de Inteligencia artificial (Doc. COM(2021) 206 final). A mi modo de ver, ese nuevo modelo regulatorio está caracterizado por cuatro elementos. En primer lugar, la elección del reglamento (aunque en las propuestas se les llame “leyes”) como mecanismo regulador en detrimento de la directiva. En segundo lugar, el liberalismo instaurado con la Directiva 2000/31 de comercio electrónico ha dado paso a un régimen basado en la imposición de un catálogo de obligaciones por lo general muy estrictas que los operadores digitales deben cumplir para poder actuar en el mercado (sobre esta evolución puede consultarse De Gregorio, G., “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *International Journal of Constitutional Law*, vol 19, Issue 1, 2021, pp 41–70). En tercer lugar, la introducción de un sistema de tutela de los derechos de los particulares jurídico-público, basado en el nombramiento de autoridades nacionales de control (siguiendo el ejemplo de las agencias na-

cionales de protección de datos), que acompaña al tradicional sistema jurídico-privado consistente en el recurso a los tribunales civiles en caso de infracción de los derechos. En cuarto lugar, la creación de un órgano colegiado europeo (siguiendo el ejemplo del Comité Europeo de Protección de Datos) con funciones muy diferentes de una propuesta a otra.

2. Este nuevo modelo regulatorio tiene implicaciones para el Derecho internacional privado, por cuanto plantea particularidades en los métodos de regulación de las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en el ciberespacio. El libro editado por las profesoras Elena Rodríguez Pineau y Elisa Torralba Mendiola es un excelente ejemplo de lo que decimos. Así, en el Capítulo 4 – *La (extra)territorialidad del Derecho a la protección de datos: el alcance del derecho al olvido*, escrito por Alexia Pato y Eduardo Alvarez-Armas se pone de manifiesto como el recurso al reglamento provoca que la necesidad de recurrir a una norma de conflicto para determinar la ley aplicable a una demanda por incumplimiento del RGPD desaparezca en las situaciones intraeuropeas. Se trata de una modificación del método de reglamentación importante que constituye un gran avance (tal y como se puso de manifiesto en la STJUE de 1 octubre 2015, C-230/14, “*Weltimmo*”, ECLI:EU:C:2015:639), y que también se utiliza en el resto de leyes digitales europeas. Además, por lo que respecta a las situaciones privadas extraeuropeas (es decir, aquellas vinculadas con un tercer Estado) el Derecho aplicable tampoco se determina a partir de una norma de conflicto, sino que se recurre a una técnica uni-

lateral consistente en la determinación del ámbito de aplicación territorial de la norma (así, por ejemplo, el art. 3 RGPD). La correcta aplicación e interpretación de este ámbito de aplicación supone un nuevo problema del que debe encargarse el DIPr. Pero no es el único, por cuanto, como se explica en este mismo capítulo, existe al menos una norma dentro del Reglamento, la recogida en el art. 17 relativa al derecho al olvido, cuyo ámbito de aplicación es diferente (al respecto, STJUE de 24 septiembre 2019, C-507/17, “Google”, ECLI:EU:C:2019:772). Esta circunstancia no es ni exclusiva del RGPD – también se presenta a la hora de interpretar las disposiciones de la Directiva 2000/31 tal y como se pone de manifiesto en la STJUE de 3 octubre 2019, C-18/18 “*Glawischnig-Piesczek*” (ECLI:EU:C:2019:821) – ni del Derecho UE. Como bien explican los autores, en otros ordenamientos jurídicos también se recurre a este tipo de normas que, a mi modo de ver, pueden ser entendidas como leyes de policía cuando su aplicación se plantea en el marco de una acción judicial de carácter civil, pero no cuando la norma debe ser aplicada por una autoridad nacional de control. En este último caso, al tratarse de autoridades administrativas que únicamente pueden aplicar su ley (en este caso, los reglamentos UE) no es preciso plantearse la naturaleza de la norma.

3. El establecimiento de un severo catálogo de obligaciones provoca otros novedosos problemas que son igualmente abordados en el libro. Por un lado, ¿qué ocurre con las transferencias de datos a países que no ofrecen un nivel de protección similar? ¿Como se garantiza que la protección ofrecida por el Reglamento en la situaciones que entran dentro de su ámbito de aplicación no resulte menoscabada cuando los datos “salen” de la Unión Europea? La profesora Clara Isabel Cordero Álvarez lleva a cabo, en el Capítulo 2 – *Transferencia de datos personales fuera del EEE en el nuevo marco del Reglamento general: especial referencia al caso estadounidense y el Reino Unido tras el Brexit*, un preciso análisis no sólo del régimen de la transferencia internacional de datos previsto en el RGPD sino también de las legislaciones establece en los principales Estados donde están establecidas las empresas receptoras de esos datos (Estados Unidos, Reino Unido). En este mismo sentido, resulta de gran interés el análisis que aporta Carmen Otero García-Castrillon en el Capítulo 1 – *Protección de datos en la economía digital. Una*

aproximación desde la regulación del comercio internacional, sobre la regulación europea como un posible obstáculo al comercio internacional por el elevado nivel de protección que ofrece. Asimismo, es importante el análisis que realiza la profesora Otero sobre las disposiciones introducidas en los más recientes acuerdos de libre comercio, y en las negociaciones multilaterales en la OMC, relativas al flujo transfronterizo de datos.

4. Otro aspecto de este nuevo modelo regulatorio que recibe una merecida atención en el libro tiene que ver con el doble sistema de tutela instaurado en el Reglamento y que, aunque imperfectamente, también se adopta en las nuevas propuestas de leyes digitales europeas. De acuerdo con este sistema, los particulares tienen derecho a presentar una reclamación por el incumplimiento del Reglamento ante las autoridades nacionales de control (Art. 77). Cuando la reclamación está referida a afectados residentes en diferentes Estados miembros o a actividades que despliegan efectos plurilocalizados, se plantea la necesidad de determinar la autoridad competente. Es decir, estamos ante una cuestión de competencia judicial internacional pero referida a autoridades administrativas cuya regulación en el RGPD ha sido acertadamente objeto de crítica (DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, 6ª Ed, Madrid, Aranzadi, 2022, consultado electrónicamente) y que presenta importantes diferencias en las propuestas de leyes digitales. Alternativamente y, en particular, cuando se quieren presentar acciones resarcitorias, los particulares puede presentar demandas ante los tribunales civiles. Como bien explica E. Rodríguez Pineau en el Capítulo 5 – *Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos*, es un acierto que el art. 79 RGPD contemple foros de competencia complementarios al R. Bruselas I, si bien su interpretación no es pacífica. Se trata de una medida que, desafortunadamente, no se recoge en ninguna de las propuestas de leyes digitales y que, a mi modo de ver, debería introducirse por los beneficios que supone a la hora de proteger los intereses de, por ejemplo, los afectados por el mal funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial, o los usuarios finales de un proveedor de contenidos o servicios digitales. En este mismo capítulo, E. Rodríguez Pineau realiza una acertada crítica a la defectuosa regulación que establece el RGPD en relación con la ley aplicable a estas reclamacio-

nes. Efectivamente, al igual que ocurrirá con el resto de leyes digitales, en estas acciones resulta preciso identificar la ley aplicable en atención a los sistemas de DIPr nacionales, solución que, como acertadamente se indica, es muy defectuosa y amerita el establecimiento de una regla a nivel europeo como la propuesta por la autora: la ley del centro de intereses del afectado. También tiene gran relevancia para entender el alcance de este sistema dual de tutela jurídico-público y jurídico-privada, el Capítulo 8 – *Acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores y protección de datos personales*. Un estudio desde la perspectiva de la competencia judicial, en el que el profesor J. I. Paredes Pérez analiza el régimen de las acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores previsto en el art. 80 RGPD y la Directiva 2020/1828. Se trata de una cuestión que no pierde actualidad en vista de la reciente STJUE de 28 abril 2022, C-319/20, “*Meta Platforms*” (ECLI:EU:C:2022:322).

5. No quiero acabar la presente recensión si hacer mención de los otros tres capítulos referidos a aspectos particulares de la protección de datos personales que completan la obra. Se trata del Capítulo 3 – *La protección de personas vulnerables en la transferencia internacional de datos a terceros países*, escrito por C. Parra Rodríguez; Capítulo 6 – *Datos personales en materia de salud: interés, inmunización/tratamiento y defensa*, de M. Echezarreta Ferrer; y el Capítulo 7 – *Aspectos internacionales de la protección de datos en los procedimientos de insolvencia: la posición del administrador del concurso*. Se tratan de complementos perfectos a la obra que ponen de manifiesto como las cuestiones sobre protección de datos personales van más allá del RGPD.

6. En definitiva, estamos ante una obra que constituye una importante aportación al estudio del régimen internacionalprivatista de la protección de datos personales.

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA / JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA (Coords.).
Tratado de Derecho Digital. La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021,
880 pp.

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA
Abogado, Profesor de Universidad

DOI: 10.20318/CDT.2022.7260

1. Presentación

1. Cuando yo era un niño, y de esto hace ya algún tiempo, y vivía, además, en una ciudad de provincias, una de mis actividades favoritas consistía en acompañar a mi madre a pasear por una de esas ferias ambulantes que, de pueblo en pueblo, iban vendiendo todo tipo de cacharros. En particular, me resultaban fascinantes aquellos personajes, llamados “charlatanes”, graduados en marketing cum laude por la Universidad de la vida, que, debidamente pertrechados de un micrófono, o de cualquier otro aparato menos sofisticado de refuerzo auditivo (incluido el natural vozarrón norteño), promocionaban sus productos con argumentos, actuaciones y maniobras, de alcance cuasi-subliminal, basadas en las aparentes bondades y cualidades del objeto ofrecido al público. Era muy difícil sustraerse al encanto de aquellas peroratas envolventes y, de un modo u otro, el potencial cliente acababa convirtiéndose en un cliente real. Uno de aquellos “charlatanes”, que repetía su actuación feria tras feria, era mi preferido, por su aplomo, su técnica y su seguridad. En una ocasión te vendía un pelador de limones de última generación. En otra, una cafetera ultra ligera para preparar el espresso italiano más genuino. O un ungüento para limpiar escopetas de caza. Se atrevía con todo lo que se le pusiese por medio. Para mí, lo de menos era que el producto resultase (o no) ser un bluff. Lo importante era el espectáculo. Y para él, lo importante, lo único importante, era vender.

2. Traigo a colación este recuerdo de mi infancia, porque me temo que vivimos ahora, muchos años más tarde, en un mundo de “charlatanes” de

lo digital. De un tiempo acá han surgido, como champiñones tras la lluvia, infinidad de expertos en el mundo digital que pontifican, particularmente en esas nuevas ferias de la vanidad que son las redes sociales, acerca de la revolución digital, de cómo nos va a afectar, o nos está afectando, y, lo más importante, de cómo esos expertos nos van a ayudar (mediante una contraprestación razonable, por supuesto) a adaptarnos a ese nuevo y desconocido mundo. La mayoría son como mis admirados “charlatanes” de la vieja era. Ayer no sabían nada del mundo digital y hoy son los más avezados especialistas en la materia. Y mañana, por supuesto, cuando se les haya descubierto en su vacuidad, se pondrán a otra cosa. Busquen por las redes, contrasten currículos y experiencias, y comprueben cuántos charlatanes repiten constantemente el mismo mantra.

3. No pretendo desmerecer la relevancia de lo digital. Por el contrario, soy un firme convencido de que el mundo en el que estamos, y al que nos dirigimos, es, o será, un mundo dominado por lo digital. Tendremos que aceptar, de vez en cuando, timos de la estampita, como parece ser el metaverso, pero, de un modo u otro, siempre habrá quien se aproveche de las apariencias para hacer caja. Es la (parte negativa de la) naturaleza humana. Por eso es tan importante elegir bien las fuentes de información sobre la revolución digital y, como ahora nos ocupa, sobre su incidencia jurídica. Esta es la razón por la que recomiendo este Tratado de Derecho Digital, que analizaré a continuación. Conozco a quienes están detrás de la obra y puedo asegurar que, como indicaré más adelante, se trata de un trabajo realizado con realismo, honestidad,

conocimiento y una reflexión fundada en principios jurídicos y morales esenciales. Es una obra escrita por personas con autoridad y con capacidad de influenciar en este ámbito (no confundir con “influencers”) y que del mismo modo que apuntan hacia los valores de lo digital, ponen el dedo en la llaga sobre sus limitaciones, oscurantismo y sus inevitables peligros.

4. A continuación, ofreceré una descripción de esta obra, que es algo extensa, porque la obra lo es, y lo hago con la mera finalidad de destacar sus virtualidades y, en su caso, contribuir a despertar un apetito por su lectura o su consulta, tanto en el ámbito privado como profesional. En cierto modo, al hacerlo, entiendo que alguno de ustedes pueda querer calificarme como un “charlatán” de esos de los que les hablaba antes. Tienen todo el derecho del mundo a hacerlo, pero, al final, lo importante es que el producto funcione. Y yo estoy convencido de que este producto funciona. No les puedo decir nada más. Como se indicaba en aquel anuncio de la era pre-digital, “busquen, comparen y se encuentran algo mejor, cómprenlo”.

2. Planteamiento del *Tratado de Derecho Digital*

5. Los profesores Eduardo Valpuesta (Derecho mercantil) y Juan Carlos Hernández (Derecho administrativo) han coordinado esta obra que nos acerca al llamado «Derecho digital». El equipo de autores lo conforman fundamentalmente profesores (la mayoría de ellos de la Universidad de Navarra) de muy diversas disciplinas, no sólo jurídicas (hay también ingenieros, economistas, filósofos, arquitectos e incluso canonistas), y abogados especializados en estas materias. El libro abarca la regulación existente y la proyectada en esta materia que cada vez resulta más amplia, pues la mayoría de las relaciones sociales se realizan hoy en día transmitiendo datos digitales a través de medios digitales, y esto a menudo exige una norma especial diferente a las ya formuladas, que se basan en las relaciones presenciales.

6. Esta expresión de «Derecho digital» ya goza de cierta tradición en nuestro derecho, tanto entre la doctrina como entre las denominaciones de másteres específicos o de asignaturas optativas en planes de estudios universitarios, e incluso la reciente

«Carta de Derechos Digitales» supone un cierto reconocimiento de su validez. Se sustituyen así otras denominaciones más antiguas que denominaban a este tipo de instituciones como «Derecho de las nuevas tecnologías» o «Derecho y TICs».

7. Pero si bien la denominación ya está asentada, lo que me parece más relevante de esta obra es que intenta justificar tal expresión con un punto de partida valorativo. Quizás pretender que exista una razón axiológica para aglutinar toda esta materia resulte un tanto pretencioso. Pero al menos el esfuerzo muestra un intento conceptualizador y justificativo que se agradece, sobre todo porque el punto de partida, los «datos digitales», me parece acertado y ciertamente muestra un elemento valorativo que puede fundamentar una cierta autonomía de este conjunto de materias.

8. Y es que, en efecto, en anteriores aproximaciones a estas instituciones se resaltaba el elemento técnico, como si las nuevas tecnologías fueran el objeto que exigía una cierta unidad de las materias y un nuevo punto de vista valorativo. Pero eso inevitablemente conducía a un batiburrillo de materias en cuya visión se exacerbaba el elemento tecnológico y disruptor como el que reclamaba una norma jurídica adecuada. Sin embargo, y como bien se resalta en la obra, las tecnologías son sólo un «medio», un objeto medial para todos los cambios y las nuevas realidades que requieren de nuevas normas. Lo relevante para aglutinar una nueva materia de derecho debe ser una institución puramente jurídica, y esa debe ser el «dato digital», que sí constituye un concepto jurídico que plantea nuevas exigencias de protección y, por lo tanto, nuevas normas específicas. Quizás más que en los «datos digitales» debería hacerse hincapié en el «tratamiento de los datos digitales», pero ciertamente la denominación apocopada resulta más gráfica y llamativa.

9. Para bien o para mal, en efecto, nuestra sociedad (la sociedad, la economía, y el derecho) se ha digitalizado. Ciertamente la sociedad no es sólo digital (aunque para algunos parece que se limita sólo a eso, a relaciones digitales), y sigue habiendo relaciones humanas interpersonales «presenciales» que son el objeto, en su vertiente jurídica, del derecho «clásico». Pero muchísimas relaciones con relevancia jurídica que antes se realizaban de forma presencial (o a distancia bajo formas de contacto

clásicas) ahora se han digitalizado: la identidad de los sujetos y la información se convierte en código binario y en aplicaciones informáticas, y todo se comunica y concierta «en la red». Así ocurre, por ejemplo, en muchos aspectos del comercio internacional, que ahora se celebra, se documenta y se monitoriza su ejecución por medios digitales.

10. Pero la digitalización no sólo supone traducir a código binario los datos y la información. Como se señala en esta obra, va mucho más allá, y crea un nuevo elemento con exigencias específicas de protección: el «dato digital». Cuando nació el «derecho digital» lo más relevante era el «comercio electrónico», y la «firma digital» constituía la forma de acreditar la identidad para realizar negocios jurídicos. Pero las técnicas digitales han ido mucho más allá, y lo relevante ahora no es negociar como se hacía antes (cambiando los medios tradicionales por medios digitales), sino tener cuantos más datos sea posible para diseñar aplicaciones informáticas y negocios que exploten las potencialidades de las nuevas relaciones sociales a través de internet. Al comerciante clásico internet le servía para establecer una página web desde la que vender sus productos y llegar a muchos más sitios; al comerciante actual, internet le sirve para recabar datos y diseñar los productos más adecuados a las necesidades de los clientes, y también para «bombardear» a éstos con publicidad sobre esos nuevos productos. Si antes los datos digitales constituían un medio para cumplir el negocio, ahora son más bien el «objeto» o «fin» para aplicarles técnicas de *big data* e inteligencia artificial, y con ellas «perfilar» a los clientes y crear los productos (bienes y servicios) adecuados. Y si para el comerciante clásico la firma digital constituía únicamente una forma de acreditar la identidad, en la economía actual ya no hay «firmas electrónicas» sino «identidades digitales» con muchas más connotaciones y posibilidades. Muchas cosas han cambiado desde la eclosión de la sociedad digital hasta nuestros días.

11. Toda la obra se estructura, por lo tanto, a partir de los datos digitales y de su tratamiento, y va combinando adecuadamente las explicaciones tecnológicas con las consecuencias jurídicas de la aplicación de las nuevas tecnologías a los datos. Y en relación con esto, querría resaltar la adecuada falta de triunfalismo en la valoración de lo que puede aportar la tecnología. En muchas ocasiones

las nuevas tecnologías disruptivas se presentan como algo maravilloso y perfecto que va a solucionar muchos problemas de operativa material: la *blockchain*, el *big data* y la inteligencia artificial, los criptoactivos y la negociación operada por los *exchanges*, etc., sólo aportan ventajas y se supone que van a cambiar la forma de negociar y de operar en la sociedad digital. Pero la potencialidad real de todas estas tecnologías para operar un cambio relevante es muy relativa. En primer lugar, en su aplicación real padecen numerosos defectos de diseño, fallos operativos, y problemas de interoperabilidad, de forma que no son tan perfectas como se les presenta. En segundo lugar, a menudo lo que logran es facilitar ciertos aspectos materiales o procedimentales de la operativa clásica, pero dejan intactos los problemas jurídicos básicos. Y en tercer lugar, a veces crean muchos más problemas jurídicos que los materiales que solucionan. Pues bien, la obra que analizo ahora parte de eso y no resulta triunfalista o excesiva al presentar las novedades y facilidades que suponen las técnicas digitales. La parte más «anecdótica» y «sorprendente» de lo que permiten las nuevas tecnologías se presenta, sí, pero siempre para valorar seguidamente los problemas jurídicos que se plantean. En este sentido es verdaderamente un tratado de «derecho digital», no de «tecnología digital» ni de «sociedad digital». Se huye, también, de las palabrerías altisonantes y huecas, que resultan ilusionantes y compartidas por todos, pero sin contenido, a las que tan acostumbrados estamos en las propuestas de normas y en las exposiciones de motivos de algunas normas ya existentes: poco de lo que se dice en esta obra constituye un puro adorno, todo tiene un sentido.

12. La obra tiene cuatro partes: «Marco jurídico de la actividad digital», «Régimen jurídico de los datos digitales», «Digitalización de identidades, actividades y procesos» y «Competencia y propiedad intelectual en la sociedad digital». Aunque resulta manejable, tiene mucho contenido y sitúa todos los aspectos jurídicos que resultan afectados por la digitalización de la sociedad actual, y entre ellos muchos de los problemas que afectan actualmente al comercio internacional, que se realiza mayoritariamente a través de medios digitales. Se echa en falta algún desarrollo mayor de ciertos aspectos, pero ciertamente ello habría llevado a una obra mucho más voluminosa, y además podría haber asemejado al caos de materias que a veces

suponen otras obras que se refieren a esta temática. Más que un desarrollo exhaustivo de todos los temas (lo cual habría resultado casi imposible) se ha optado por establecer las líneas maestras de la regulación en cada materia, con esporádicas alusiones incluso a materias conexas. Hay que destacar el haber operado con la técnica de párrafos numerados, lo cual permite continuas remisiones entre partes de la obra, y además da lugar a un índice no sólo analítico, sino también de normas y de sentencias, que resulta sumamente útil. Este índice muestra, además, la buena coordinación de los contenidos, lo cual es de agradecer en una obra en la que, necesariamente, intervienen tantos autores diversos.

3. Marco jurídico de la actividad digital.

13. La primera parte de la obra trata aspectos generales del derecho digital. Se divide en cuatro Capítulos. El primero de ellos lleva como título «Concepto y normativa sobre derecho digital», y comienza con una breve «aproximación» al concepto y características del derecho digital y su normativa, redactada por Eduardo Valpuesta. Sirve para centrar los conceptos básicos: el objeto del derecho digital lo constituyen los «datos digitales»; los sujetos, los operadores de la sociedad digital; los medios de transmisión, los diversos medios digitales; y los resultados, la digitalización de procesos (que se mantienen básicamente iguales, pero ejecutables telemáticamente) y la aparición de nuevas actividades (como las diversas aplicaciones tecnológicas en materia de financiación o de operativa comercial). Un énfasis especial debe realizarse en el tratamiento que se efectúa de los llamados «puertos seguros» en la actuación de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información: tanto la normativa comunitaria como la española exoneran a tales intermediarios de responsabilidad por los posibles contenidos ilícitos que alojen o transmitan, siempre que se cumplan una serie de requisitos (desconocimiento y cesación en el alojamiento o transmisión cuando sean advertidos).

14. A continuación se tratan diversos aspectos específicos en materia de derecho internacional privado y derecho fiscal. La parte de derecho internacional privado corresponde a Alberto Muñoz Fernández, y resulta de vital importancia porque buena parte de la actividad digital es transfrontera,

y por eso resultan relevantes los criterios de conexión para determinar las reglas sobre derecho aplicable y tribunales competentes. No se repiten las reglas generales, sino que el autor realiza referencias específicas a las especialidades que plantea la actuación y contratación por internet. En este sentido, se dedica una especial atención en cuanto a los tribunales competentes cuando se ha producido un daño extracontractual a través de la red, algo que plantea numerosos problemas por la diversidad de posibles criterios de conexión que surgen. En cuanto a la parte de fiscalidad digital corre a cargo de Antonio Vázquez del Rey Villanueva, que trata específicamente de la tributación por IVA en el mercado de bienes y servicios digitales, y en la tributación internacional de los beneficios empresariales. Este segundo aspecto es uno de los que más ha llamado la atención en los últimos años, con la polémica acerca de cómo los grandes operadores de la economía digital aprovechan las estrategias de tributación y cómo los diversos Estados intentan gravar las operaciones realizadas materialmente en cada territorio. Se referencian los trabajos que se están llevando a cabo en la OCDE, la UE y la ONU, y se detalla la solución actual seguida en España con el Impuesto sobre determinados servicios digitales.

15. Este primer Capítulo termina con un apartado dedicado a la desinformación y las noticias falsas (*fake news*), de autoría de Andrea Cocchini. Al principio llama la atención la ubicación sistemática de esta parte, pero ciertamente se trata de una materia que podría tratarse en otros muchos lugares sin encontrar acomodo natural en ninguno de ellos (o, al menos, un acomodo menos sorprendente como el que ahora tiene). Y es que las *fake news* no son algo puramente jurídico, pero sí caracterizan la operativa real de internet, y despliegan efectos en aspectos jurídicos muy diversos (ciberseguridad, ciberterrorismo, influencia en la opinión pública, etc.). La cuestión conecta con el derecho internacional público, y por eso se hace la oportuna referencia al Manual de Tallin 2.0 sobre el derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas (2017) o al Plan de Acción contra la Desinformación aprobado en la Unión Europea (2018), e incluso a los esfuerzos desplegados igualmente por la Unión Europea para combatir la desinformación sobre las vacunas contra la COVID-19.

16. El segundo de los Capítulos se refiere a Internet y a otras tecnologías disruptivas, porque

justamente es preciso conocer cómo operan las tecnologías que se utilizan en la sociedad digital, para luego poder comprender los problemas que se generan. La parte relativa a Internet se desarrolla por Joslay Polanco Medina, que expone cómo fue el nacimiento y el desarrollo de Internet, desde el Arpanet ideado con fines militares a la actual web 2.0. La autora se centra igualmente en los retos actuales en la «gobernanza» de internet, con las dos posturas básicas de «ciberpaternalismo» y «ciberlibertarismo»; se trata de una discusión inacabable que sigue sin tener una respuesta clara, y hace que toda la normativa proyectada se debata en cuánto y hasta dónde regular para introducir una mínima seguridad jurídica en las relaciones a través de medios digitales. En la segunda parte de este capítulo, Eduardo Valpuesta realiza una pedagógica exposición acerca de tres tecnologías disruptivas que permiten todo el desarrollo de aplicaciones y relaciones comerciales que conocemos hoy en día: el *internet of things*, la técnica de la cadena de bloques (*blockchain*), y el *cloud computing*. Obviamente todo esto iría ligado a las técnicas de *big data* y de inteligencia artificial, que por su importancia se tratan en un capítulo aparte. Los dispositivos de *internet of things* permiten obtener y alojar millones de datos de muy diverso tipo (meteorológicos, urbanos, domésticos, personales de salud, etc.), que permiten luego la operativa de *big data* y el desarrollo de muchísimas aplicaciones informáticas. La *blockchain*, tan de moda actualmente por -entre otras razones- el uso de los criptoactivos, se centra adecuadamente como una técnica de alojamiento de datos que sirve para muchos fines, y se explican las técnicas de minado y los actuales desarrollos de la *blockchain*, con la proliferación de «cadenas de bloques» privadas y permissionadas que pueden cumplir mejor la normativa aplicable. Por último, el *cloud computing* es una técnica que permite alojar millones de datos en servidores ajenos a los propios del usuario, lo cual proporciona gran capacidad de computación y además el acceso a los datos desde cualquier lugar. Se trata de técnicas todas ellas necesarias para el actual desarrollo de las aplicaciones informáticas.

17. El tercer Capítulo trata de los «operadores» y de los «modelos de negocio» en internet, y ha sido elaborado por Pablo González Espejo, Núria Porxas Roig y Nerea Sanjuán Rodríguez (excepto en la parte relativa a los delitos de odio). La primera parte se refiere al régimen de los operadores

tanto de comunicaciones electrónicas, regidos por la Ley General de Telecomunicaciones (actualmente en trance de reforma), como de comunicaciones audiovisuales, sometidos a la Ley General de la Comunicación Audiovisual, y también a los «prestadores de servicios de la sociedad de la información», regidos por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. La referencia a estas regulaciones, a los requisitos de autorización y de operativa en cada uno de estos ámbitos, es sumamente necesaria porque a veces se obvia este marco normativo que justifica otros aspectos del régimen jurídico del derecho digital. La segunda parte de este Capítulo trata de los «modelos de negocio» tanto en el ámbito de las telecomunicaciones como en el sector audiovisual o de las comunicaciones electrónicas. Aquí se desarrolla la evolución desde las páginas web hasta las modernas plataformas que articulan formas de negocio muy diversas (*market-places*, intermediación, alojamiento, economía colaborativa, etc.), con el surgimiento además de las «redes sociales» como una nueva forma de relación social, y la aparición de otros actores sectoriales como los *influencers*.

18. Termina este tercer Capítulo con una breve referencia a los delitos de discurso de odio en las redes sociales, como una forma de escenificar uno de los ejemplos concretos de actos con relevancia jurídica que se desarrollan a través de estos medios digitales de comunicación. El enfoque de este apartado, a cargo de Ana Azurmendi, no es el propio del derecho penal (el «derecho penal digital» se desarrolla en otra parte de la obra), sino más bien el comunicacional, mostrando cómo internet facilita la difusión de estas ideas, y lo difícil que resulta realizar un control y una protección eficaz frente a estas conductas.

19. El cuarto Capítulo de esta primera parte recoge una serie de colaboraciones que se relacionan con la fundamentación antropológica del derecho, y con aspectos generales de cómo afecta este nuevo mundo digital a los derechos de la personalidad. De nuevo se pone la prioridad sobre la persona y no sobre la tecnología, y se tratan esos múltiples puntos en que hay que someter la potencialidad de la tecnología a las exigencias de la libertad y dignidad del ser humano. Una primera parte se refiere a la llamada «Ética digital», y cómo los desarrollos de inteligencia artificial se

pueden alinear con la ética de la virtud. Redactada por Alejo Sison y Dulce Redín, concluye que las virtudes intelectuales y morales deben ayudar a garantizar que la relación entre el ser humano y la inteligencia artificial no sólo sea eficiente, sino que también perfeccione al ser humano y se ordene adecuadamente para contribuir a la buena vida.

20. La obra no trata todas las posibles afectaciones de la sociedad digital a cada uno de los derechos de la personalidad, posiblemente porque ello supondría una extensión muy superior a la posible en una obra general. La materia que se elige para ejemplificar esta afectación es la videovigilancia digital, y cómo la misma puede tener incidencia en derechos como la intimidad, pero también la dignidad y la libertad humana. Ha sido elaborada por Asunción de la Iglesia, que hace hincapié en la normativa que regula la videovigilancia, tanto la general contenida en la Ley Orgánica de Protección de Datos, como la sectorial en cuanto a la videovigilancia en las relaciones laborales o para la seguridad privada. La autora pone de manifiesto no sólo la posible afectación a facetas como la intimidad, el honor o la propia imagen, con la jurisprudencia recaída en estas materias, sino también otros aspectos menos evidentes pero igualmente relevantes, como el llamado «*chilling effect*» o efecto inhibitorio: la monitorización constante de nuestras vidas por la videovigilancia (y, añadimos nosotros, por los instrumentos de *internet of things*, las redes sociales, nuestro tráfico en la red, etc.) limita nuestra libertad porque somos conscientes de que estamos controlados. Y todos los datos que cabe obtener sobre nosotros, utilizados por las personas o con fines adecuados, pueden suponer un efecto devastador.

21. Finaliza esta cuarto Capítulo con otros ejemplos de afectación de derechos de la personalidad, tan relevantes como frecuentemente olvidados, «Menores y redes sociales» y el «Rastro digital». Las redes sociales, en efecto, son utilizadas a menudo por menores de edad, con o sin consentimiento de sus cuidadores, y de hecho está demostrado cómo afectan a sus conductas y crean nuevos problemas de relaciones sociales. La redacción de esta parte corre a cargo de Carmen Pérez Dios, que pone de manifiesto que no se trata sólo del uso directo de las redes, sino incluso de la dudosa legitimidad del uso de sus imágenes por sus progenitores o por terceros. La autora expo-

ne la normativa aplicable, tanto la Ley de Protección Jurídica del Menor como la Ley Orgánica de Protección de Datos. Un segundo aspecto que se trata es el llamado «rastro digital» y «patrimonio digital»: resulta un tanto macabro, pero la potencialidad que tiene internet hace que deba regularse incluso el uso de los datos digitales cuando fallece el sujeto al que se refieren. La autora de este apartado, Verónica San Julián, expone la problemática general y desarrolla la normativa aplicable, que por ahora sigue siendo la general de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Se hace referencia a la primera regulación española de esta materia en el ámbito autonómico, que es la Ley catalana de Voluntades Digitales.

4. Régimen jurídico de los datos digitales

22. La segunda parte de la obra es la dedicada al régimen jurídico de los datos digitales. Se divide en cuatro Capítulos, dos de ellos con contenidos plenamente jurídicos, y los dos últimos con contenidos fundamentalmente técnicos (o «tecnológicos»): qué son los «datos digitales» y cuál es su régimen jurídico general; la normativa de protección de los datos personales; el tratamiento de datos mediante técnicas de *big data* y el desarrollo de aplicaciones de inteligencia artificial; y la ciberseguridad de los datos digitales. Como en la primera parte, muchos de los conceptos que aquí se desarrollan se tratan de forma general, y es en las dos partes siguientes de la obra donde se exponen aplicaciones concretas y «casos de uso» de cada una de estas problemáticas.

23. El primer Capítulo de esta parte trata los «Fundamentos del régimen jurídico de los datos digitales», y ha sido redactado por Leticia López-Lapuente. El «dato digital» será cualquier representación simbólica de un atributo o variable cuantitativa o cualitativa que se contiene y representa utilizando el sistema binario de unos (1) y ceros (0), y la autora expone las distinciones básicas entre datos personales *vs.* no personales, datos personales anonimizados *vs.* seudonimizados, y datos *vs.* metadatos. A continuación se hace referencia a la Estrategia europea de datos y a las normas ya existentes, como el Reglamento 2018/1807 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la UE, y la Directiva 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la

información del sector público (Directiva de *open data*), que promueven la circulación y utilización de datos no personales (lo cual incluye los «personales anonimizados»). El Capítulo finaliza con el reflejo de las líneas fundamentales de la propuesta de noviembre de 2020 de gobernanza del dato, que busca establecer mecanismos para ampliar la reutilización de datos del sector público, adoptar medidas para generar confianza en los intermediarios de datos y para facilitar la cesión de datos con fines altruistas, y crear un mecanismo europeo para coordinar y dirigir los aspectos horizontales de la gobernanza.

24. El Capítulo segundo de esta parte, redactado fundamentalmente por Juan Carlos Hernández, expone con cierto detalle el régimen jurídico de la protección de datos personales, contenido ahora en el Reglamento General de Protección de Datos y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Es una de esas materias muy relevantes en la sociedad actual que, sin embargo, no suele ser objeto de explicación en nuestras Facultades de Derecho. Esta normativa entronca con buena parte de los derechos fundamentales de las personas (dignidad, libertad, privacidad, propia imagen, etc.), y se encuentra ante la paradoja de la necesidad de protección de unos activos cuyo uso es, sin embargo, de vital importancia para el desarrollo comercial de muchas empresas. Nos hallamos, así, ante la «lucha» de grandes empresas por obtener datos personales de sus clientes y poder usarlos, todo ello de forma legítima. Obtención y uso que tiene como finalidad la de diseñar los productos y servicios adecuados, y luego ofrecerlos a todos los sujetos, pero también con especial énfasis a ese mismo cliente que cedió esos datos. Las formas realmente «abusivas», en muchos casos, en que se obtiene la cesión de datos personales han exigido esta regulación, que dentro del ámbito europeo ha cristalizado en el Reglamento General de Protección de Datos, que ha sido tomado universalmente como uno de los paradigmas de regulación en este ámbito más acertados y equilibrados. Este Capítulo va reflejando con detalle el objeto de la protección y su ámbito de aplicación; los principios generales del tratamiento de datos; las bases jurídicas de dicho tratamiento (fundamentalmente, el consentimiento del interesado); los derechos de los interesados (con especial referencia al derecho al olvido, o al derecho a la portabilidad de datos); la distinción entre el «responsable» del tratamiento

y el «encargado» del tratamiento; las obligaciones, medidas e instrumentos materiales de protección; y las autoridades de supervisión y control. No falta la exposición del régimen de transferencia internacional de datos, con la referencia a la necesidad de comprobar el nivel de protección adecuado y similar al Reglamento para transferir datos a otros países, y la actual situación del «escudo de privacidad» con Estados Unidos de América.

25. El Capítulo termina con uno de esos *excursus* que van trufando esta obra y la dotan de originalidad y riqueza, el tratamiento de la protección de datos personales en la Iglesia, realizado por Jorge Otaduy. Y es que la protección de datos personales abarca a todos los ámbitos, incluidos el religioso, y además en el ámbito canónico la privacidad de las personas también es entendida como un bien jurídico. Se expone la doctrina de la STS 22 febrero 2021, que consideró proporcionado que una entidad religiosa conservara el nombre y apellidos, y la fecha de incorporación y salida, de uno de sus desasociados; y no proporcionado, en cambio, el conservar igualmente la congregación local a la que había pertenecido, la fecha de nacimiento o el sexo.

26. Como queda expuesto, la normativa de protección de datos personales es objeto de frecuentes alusiones en otras partes de la obra, pues constituye uno de los puntos centrales del derecho digital con diversas manifestaciones: protección de datos personales en el almacenamiento en la nube, en la transmisión de datos realizada por medio de instrumentos de IoT, en mecanismos de videovigilancia, en el uso de redes sociales, en las comunicaciones comerciales, etc. Posiblemente la sensación generalizada que hoy tenemos es la de que toda la protección formal que nos brindan las normas existentes no impide que nuestra privacidad está seriamente amenazada, en parte por las exigencias y limitaciones de la tecnología, en parte por las necesidades especiales que imponen excepciones en materia de seguridad u orden público, y en parte también por el propio uso que las personas realizamos de nuestros datos. Y, por supuesto, nos queda también el miedo de que una empresa que infrinja la normativa existente pueda causar un daño irremediable, por mucho que incluso sea apreciada la ilicitud de su conducta y sancionada. ¿Cuántos casos de obtención y uso ilícito de datos como el de *Cambridge Analytica* no habrán sucedido sin que seamos conscientes de ello?

27. El Capítulo VII, tercero de esta segunda parte, trata del *big data* y de la inteligencia artificial. Se divide en dos grandes apartados, uno más referido a aspectos tecnológicos, y otro más jurídico. El primero de ellos ha sido redactado por miembros del Instituto de Ciencia de los Datos e Inteligencia Artificial de la Universidad de Navarra (Jesús López-Fidalgo, Iván Cordón Medrano, Leire Alegria, Álvaro Cía, Stella Maris Salvatierra, Pablo Urruchi y Edgar Benítez), y parte claramente de que hoy por hoy la inteligencia artificial se halla en un estadio embrionario, y consiste más en programación para alcanzar resultados determinados que verdadera «creación» por las máquinas de resultados basados en un razonamiento propio (de la máquina). Y es bueno que sea así, a mi juicio, porque el día en que los ordenadores puedan tomar decisiones propias perderemos en absoluto el control de sus actos, y la garantía del sometimiento de éstos a reglas jurídicas y morales. Se realiza referencia, en primer lugar, a aspectos generales de cómo operan el *big data* y la inteligencia artificial, mediante técnicas de programación más bien sencillas, hasta las más complejas (y, por ahora, poco avanzadas) de *machine learning* y *deep learning*. Se pone correctamente el énfasis en los problemas de posibles «sesgos» al usar los datos o al «entrenar» a las máquinas, algo cuya evitación resulta muy difícil de llevar a la práctica con éxito, y de la posible «falta de transparencia» de los procesos o de los algoritmos utilizados para alcanzar un resultado. El Capítulo continúa con una exposición básica de aspectos de estadística, necesarios para entender cómo opera el *big data* y qué razonamientos lógicos se tienen en cuenta para la toma de decisiones. Una tercera parte se refiere a los «modelos», y realiza una exposición básica tanto de los «modelos estadísticos» (representaciones matemáticas de los datos observados) como de los modelos utilizados en el *machine learning* (regresión lineal múltiple, árboles de decisión, regresiones logísticas, algoritmos, o validaciones cruzadas). Se finaliza con unas reflexiones generales relativas al *big data* en los ámbitos jurídico y de las ciencias sociales. En ella se pone de manifiesto cómo el *big data* puede revelar sesgos cognitivos en el tribunal, o determinar la identidad de una persona por medio de su «huella digital», de los distintos elementos de su personalidad que va poniendo de manifiesto en sus interacciones digitales.

28. Un segundo apartado de este Capítulo se refiere a aspectos jurídicos de la inteligencia artifi-

cial. Lógicamente la primera colaboración expone la propuesta de regulación de inteligencia artificial presentada por la Comisión Europea en abril de 2021, y se realiza por María Teresa Gil Bazo. Se parte de la definición de inteligencia artificial como «el *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa». La autora destaca los cuatro niveles de evaluación del riesgo: inaceptable; alto; limitado; y mínimo. Entre otros supuestos es inaceptable, y está por lo tanto prohibida, la inteligencia artificial que utiliza de forma indiscriminada la identificación biométrica de sujetos en áreas públicas. Las técnicas que suponen un riesgo alto están reguladas, sólo pueden ser realizadas por entidades autorizadas para ello y con los sistemas que se autoricen; las que supongan riesgo limitado pueden realizarse siempre que se informe adecuadamente; y las que supongan riesgo mínimo está autorizadas sin restricciones. La segunda aproximación se realiza por María Cruz Díaz de Terán Velasco, y versa sobre los códigos de conducta responsable en productos de inteligencia artificial. A falta de regulación, en la actualidad existen una serie de recomendaciones de buenas prácticas, como las *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, la *AI HLEG*, o las *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del RGPD*, que muchas empresas que desarrollan productos de inteligencia artificial cumplen para asegurar una actuación ética y jurídicamente adecuada. La autora expone un ejemplo concreto de una empresa que ha diseñado un producto que realiza análisis de personalidad, preferencias, valores y competencias a partir de textos en el lenguaje natural de las personas, y transcribe los «Principios de comportamiento responsable» de ese producto. La tercera colaboración en esta parte corresponde a Pablo Gómez Blanes, que trata el tema de los robots. Entiende por «robot» al «“intelecto sintético”, autónomo de su programador y de su titular o usuario, que, analizando los datos percibidos por sensores, interactúa en el entorno sin necesidad de guía ni de control alguno». La cuestión fundamental que surge en esta materia es la responsabilidad por los posibles daños causados por el robot. Como señala el autor, la postura que aparece

una «personalidad jurídica» al robot resulta minoritaria, y la más generalizada es la que defiende la responsabilidad solidaria de los distintos operadores jurídicos (fabricante, programador, proveedor, titular, usuario), sin perjuicio de una posterior depuración por vía de regreso si cabe determinar cuál de todos ellos es el sujeto causante del fallo o error. Posiblemente se generalizará la exigencia de contratación de un seguro de responsabilidad civil (tanto más «obligatorio» y «cuantioso» en función del potencial daño que pueda causar el robot), que asegure una indemnidad al perjudicado. El apartado finaliza con una referencia a las *Smart cities*, elaborada por Elena Lacilla Larrodé y César Martín Gómez. La «ciudad inteligente» es la que aplica las Tecnologías de la Información y la Comunicación para la mejora de la calidad de vida y la accesibilidad de sus habitantes, y asegura un desarrollo sostenible económico, social y ambiental en mejora permanente. Los autores van exponiendo diversas aplicaciones de inteligencia artificial que logran este propósito en varios ámbitos: seguridad (videovigilancia, ciberseguridad de dispositivos IoT, regulación de intensidad de luz, etc.); gestión de recursos (agua, residuos y aire); energía (redes inteligentes de energía, edificios consumo cero, etc.); y transportes y movilidad (vehículos conectados, uso de drones, uso de geolocalización para estudiar la movilidad de los ciudadanos, etc.). También exponen la necesidad de contar con centros de gestión de datos adecuados, la normativa aplicable y los organismos que implantan y supervisan estos sistemas.

29. El último Capítulo de esta parte se refiere a la ciberseguridad, y engloba igualmente aspectos tecnológicos y jurídicos. La enorme cantidad de aparatos conectados a Internet hace necesario que todos ellos cuenten con las medidas de seguridad adecuadas para evitar ataques informáticos que bien roben o manipulen datos, bien bloqueen o accedan al aparato o algunas de las aplicaciones con fines delictivos. Esto implica, además, toda una obligada política de *compliance* de ciberseguridad, de modo que todas las empresas deben contar con los sistemas de seguridad adecuados para evitar razonablemente los ataques informáticos; sistemas que deberán ser tanto más sofisticados cuanto más y más complejos o sensibles sean los datos personales que se manejen. Las técnicas digitales facilitan muchos procesos, pero también llevan aparejados numerosos nuevos peligros.

El primer apartado de este Capítulo se refiere a los aspectos técnicos de la ciberseguridad, y ha sido redactado por Diego Urruchi Mohino. Se parte de que no existe ningún sistema informático absolutamente seguro, y que los sistemas serán seguros si garantizan la integridad, la confidencialidad y la accesibilidad de los datos. A continuación, se exponen los diversos tipos de amenazas o ataques que pueden producirse: de *hardware*, de observación, de penetración, de *software* dirigidos a *hardware*, de red, contra el sistema de nombres de dominio, contra el enrutamiento entre dominios del *Border Gateway Protocol*; y de *software*. También se exponen unos fundamentos de criptografía, de técnicas y herramientas para cifrar los mensajes y garantizar así su confidencialidad. Y por último se tratan los diversos tipos de *malware* o programas maliciosos, que incluyen también los «programas potencialmente no deseados», fragmentos de código que forman parte de un código útil descargado por el usuario, y que se instalan en el ordenador a menudo sin el conocimiento o consentimiento expreso del usuario.

El segundo apartado del Capítulo, a cargo de Eugenia López Jacoiste, explora los aspectos jurídicos de la ciberseguridad desde la óptica del Derecho internacional. Si bien a menudo enfocamos la ciberseguridad como un problema de usuarios (bien particulares, bien empresas), constituye también un problema de primer grado en el ámbito del Derecho internacional, pues Internet se ha usado a menudo como forma de atentar contra la paz y la seguridad internacionales. Por eso todos los Estados y organizaciones supraestatales establecen e implantan sistemas de ciberdefensa tanto pasiva (para detectar las causas de la amenaza y combatir el mal funcionamiento del sistema) como activa (perseguir a los atacantes en sus propias redes). El trabajo hace referencia a las principales características de los planes de ciberseguridad de Reino Unido, Estados Unidos de América, España y, con especial detalle, la Unión Europea. Además, se exponen las diversas reglas existentes en el Derecho internacional para evitar los ciberataques y determinar la responsabilidad en el caso de que se produzca alguno de ellos, como las recogidas en el Manual de Tallin 2.0 sobre Derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas, o las aplicadas por la Comisión de Derecho Internacional. Por último se tratan las defensas que cabe adoptar frente a los ciberataques (tanto provengan de un Estado como de una entidad no estatal), que básicamente

camente consistirán en contramedidas (medidas de autotutela que no suponen uso de la fuerza, como sanciones y embargos), pero también pueden suponer el uso de la fuerza si el ataque cibernético puede ser considerado un «ataque armado» de gravedad, y se cumplen los requisitos de la legítima defensa.

5. Digitalización de identidades, actividades y procesos

30. Una vez expuestos los aspectos generales del Derecho digital, y el concepto y régimen de los datos digitales y de su tratamiento, la Parte Tercera de este *Tratado* estudia cómo se han digitalizado las identidades, los procesos y las actividades. La mayoría de las relaciones interpersonales se llevan a cabo ahora por medios digitales, de forma que buena parte de lo que antes se hacía presencialmente y con documentación y bienes físicos hoy se realiza a distancia y con documentos y medios electrónicos. Y, como se señalaba en las primeras páginas de esta obra, en algunos casos esta digitalización mantiene la esencia de lo que antes se hacía (por ejemplo, un proceso judicial gestionado por medios digitales sigue los mismos trámites y documentación, aunque se incorpore a mecanismos digitales), pero otras cambia por completo la forma de actuar, o crea nuevas posibilidades que antes ni siquiera se podían imaginar. Esta parte es la más extensa de la obra, porque supone el estudio de muchos aspectos concretos del Derecho que se han digitalizado, y comprende cuatro grandes Capítulos que estudian la digitalización de identidades, de procesos y de actividades y contratos, así como la cibercriminalidad.

31. El primer Capítulo de esta parte trata la identidad digital, la firma electrónica y la reputación *online*. Un primer apartado, a cargo de Leticia López-Lapuente, trata los aspectos de identidad digital y firma electrónica. La «identidad digital» constituye un nuevo concepto, e incluso una nueva categoría jurídica, pues no se corresponde exactamente con la identidad física ni la personalidad jurídica. Opera, desde luego, efectos de «identificación», pero también de asignación de atributos por parte del titular, además en muchos casos sin una comprobación «oficial» de la veracidad de la identidad ni de las características asociadas. Especial interés tiene la propuesta de establecimiento

de un marco para la Identidad Digital Europea, presentada en junio de 2021, porque ésta sí permitirá gestionar de forma segura y «soberana», a voluntad del titular, los atributos de identidad que él desee por medios digitales. El problema de todos estos mecanismos es que todavía la tecnología no está tan avanzada y segura como se quiere hacer parecer, y sobre todo que debe crearse un sistema interoperable con todas las aplicaciones y medios de transmisión, lo cual complica mucho el diseño y operatividad. Se expone, igualmente, el sistema actual de firma electrónica por medio de los actualmente llamados «servicios de confianza», regulados en el Reglamento EiDAS y en la Ley española 6/2020, y el valor probatorio en juicio de los documentos electrónicos.

32. Una segunda parte de este Capítulo, redactada por Borja Sainz de Aja, trata sobre la reputación *online*, que es la consideración que la comunidad de internautas tiene de una persona física o jurídica. Al igual que Internet permite crear una o varias (incluso muchísimas) identidades específicas, también dota de especiales características a cada identidad, basadas además no siempre en la propia voluntad del «identificado». Nuestra huella digital, los datos de navegación, y lo que los demás hacen constar en Internet sobre nosotros, conforman una identidad digital y una reputación *online* con vida propia, no siempre controlable por el titular. En esta colaboración se parte de la posible interferencia entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor y a la propia imagen, por otro. A partir de ahí se van tratando los diversos «grupos de casos digitales» de reputación *online*: comentarios de usuarios sobre las prestaciones ajenas, vindicación *ad personam* (comentarios negativos frecuentes que exceden de lo razonable en una práctica informativa), utilización in consentida de la imagen, uso de caricaturas, o manifiestos en la red atribuidos sin control a multitud de sujetos. Las normas generales de derecho privado, o específicas de competencia desleal u otros ámbitos, sirven para reprimir los ilícitos que se producen en este campo, tratándose igualmente la posible responsabilidad de los intermediarios de los servicios de la sociedad de la información.

33. Los dos siguientes Capítulos de esta parte del *Tratado* se refieren a la digitalización de procesos y de actividades y contratos, son de los más largos de la obra y tratan muy diversos aspectos

en que la digitalización se ha aplicado a procedimientos y/o actividades y contratos. En buena medida ambos Capítulos suponen aplicaciones de todo lo anterior (características de los datos digitales, formas de digitalización, actuación de distintos operadores digitales, operativa de tecnologías disruptivas, etc.) en los más variados campos de lo jurídico: administrativo, procesal, contratación privada y financiación, laboral, financiero, etc. La sistematización en dos capítulos es puramente convencional, una simple forma de agrupar todos estos aspectos con un cierto orden expositivo. El Capítulo sobre digitalización de procesos se refiere básicamente a la operativa digital sobre procesos jurídicos, y el Capítulo sobre digitalización de actividades y contratos a la transformación digital en la actividad contractual.

34. El Capítulo relativo a los procesos se divide en nueve apartados. El primero de ellos trata algunas cuestiones de derecho digital en materia de Administraciones Públicas, y se elabora por Juan Carlos Hernández. El autor estudia el principio de «datos abiertos» y la política de reutilización de la información pública, que busca elaborar y garantizar el acceso a bases de datos públicos que resulten comparables; la gobernanza de la interoperabilidad y el esquema nacional de interoperabilidad (la disponibilidad y el uso de información sólo son posibles si técnicamente se garantiza el intercambio electrónico de datos); y el Esquema Nacional de Seguridad aplicado para la ciberseguridad de las Administraciones Públicas. Un segundo apartado, a cargo de Eduardo Valpuesta, realiza una breve referencia a los llamados procesos de *RegTech* y *SupTech*, la implementación de tecnologías digitales en la labor que realizan las empresas de monitorización del cumplimiento de la normativa aplicable, y a la que realizan las Administraciones Públicas para comprobar que las entidades reguladas y supervisadas cumplen la citada regulación.

El apartado tercero se refiere a la digitalización en los procesos de administración de justicia. Faustino Cordón se encarga de exponer tres aspectos concretos de la digitalización en el proceso civil: la prueba por medios digitales, que incluye el valor probatorio de los documentos electrónicos; el expediente judicial electrónico; y la subasta electrónica. Julio Muerza redacta la parte relativa a la digitalización en la administración de justicia penal, en la que estudia las diversas medidas de investigación tecnológicas incorporadas a la Ley

procesal penal mediante la Ley Orgánica 13/2015: la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; el registro remoto sobre equipos informáticos; y las medidas de aseguramiento. Por último, M^a. Victoria Sánchez Pos desarrolla el uso de medios digitales para la operativa de los medios alternativos de solución de controversias, algo que ya lleva muchos años aplicándose, incluso con iniciativas pioneras en distintos ámbitos, como el sistema europeo *online* de solución de conflictos en materia de consumo. En cierta relación con estos ámbitos de administración de justicia, un cuarto apartado del Capítulo trata el llamado *LegalTech*, la aplicación de tecnologías digitales en el ámbito del ejercicio de la abogacía. Redactado por Eduardo Valpuesta, huye adecuadamente de algunos de los triunfalismos que se han manifestado en esta materia para exponer cómo se trata de aplicaciones de inteligencia artificial débil para la gestión de documentación y de servicios jurídicos; sistemas que sirven para agilizar aspectos más mecánicos, pero que nunca suplen la labor ordenadora y creativa que luego debe aplicar todo jurista.

35. Los dos siguientes apartados de este Capítulo se refieren a la aplicación de tecnologías digitales en los ámbitos registral y de la fe pública. Se han redactado por Luis Javier Arrieta Sevilla. Es evidente que la digitalización de los datos y la posibilidad de transmisión electrónica de millones de datos documentos facilita muchos aspectos de gestión documental en estas materias. En cuanto a los registros públicos, se estudia la presentación remota de documentación por medios telemáticos, la interoperabilidad entre la información territorial y la que consta en el Registro de la Propiedad, la digitalización del contenido del registro, y los mecanismos de publicidad formal por medios digitales. También se realiza una referencia al posible uso de técnicas de *blockchain* para la llevanza de los registros públicos, algo sobre lo que el autor manifiesta sus razonables dudas, porque en ellas difícilmente pueden implementarse toda una serie de garantías jurídicas que se exponen. En el ámbito de la fe pública se estudia la firma electrónica de los notarios, el documento notarial electrónico,

los deberes de colaboración con la administración electrónica, o la legitimación notarial de firmas electrónicas. En los inicios del derecho digital se propuso por algunos que las nuevas tecnologías harían desaparecer el papel de los notarios; sin embargo, está claro que la tecnología podrá facilitar muchas cosas, pero no garantiza ciertos aspectos (la capacidad de las partes, o la legalidad de las declaraciones de voluntad emitidas) cuya encomienda a los notarios sigue siendo útil y adecuada.

La siguiente parte en este Capítulo trata la digitalización de procesos en sociedades mercantiles. Patrick O'Malley expone cómo puede operar la digitalización en la constitución y en la publicidad registral de sociedades mercantiles, así como en la llevanza de registros de socios. En este ámbito la Directiva 2019/1151, aún pendiente de trasponer en España, exige establecer un procedimiento que permita digitalizar la constitución de sociedades, la creación de sucursales y la consulta al registro mercantil, si bien sin imponer esta vía telemática como modo único de operación. Jorge Noval se encarga de desarrollar cómo opera la digitalización en las comunicaciones sociedad – socio (incluyendo la regulación de la web corporativa), y en la operativa de los órganos sociales (convocatoria y celebración de la junta general y de los órganos de administración). La situación creada inicialmente por la pandemia supuso un incentivo importante para acelerar la implantación de este tipo de soluciones tecnológicas, pero siguen abiertas muchas cuestiones acerca de cómo compaginar estos medios con las necesarias garantías jurídicas, de las que se ocupa cumplidamente el autor.

36. Termina este Capítulo con dos colaboraciones sobre juego *online* y sobre aplicaciones de inteligencia artificial en materia de salud. El primero de estos apartados, desarrollado por Inmaculada Baviera, expone los problemas jurídicos que plantea tanto el juego *online* (apuestas deportivas, o práctica *online* de juegos como el bingo, el casino o el póquer) cuanto los llamados *eSports* (competiciones de videojuegos, que incluso están organizadas actualmente en distintas Ligas y torneos). Las aplicaciones de inteligencia artificial en materia de salud han creado el llamado *eHealth* y *mHealth* (*electronic Health* y *mobile Health*, entendida esta última como el uso de aparatos móviles para monitorizar o asesorar en materia de salud). Eduardo Valpuesta se encarga de la elaboración de esta parte, y pone de relieve los problemas de falta de

interoperabilidad entre los distintos aparatos y sistemas de almacenamiento de datos, y sobre todo los de tratamiento de estos datos de salud, que mayoritariamente resultan «categorías especiales de datos personales» con una especial protección.

37. El Capítulo XI, tercero de esta parte, se ocupa de la digitalización de actividades y contratos, una operativa mucho más creativa e innovadora que la estudiada en el Capítulo anterior. Consta de seis apartados. El primero de ellos trata los llamados *smart contracts*, y ha sido elaborado por Manuel Ángel López Sánchez. Este autor expone cómo nació esta posibilidad de implementar la celebración y ejecución de contratos por medios digitales, y los desarrollos posteriores con aplicaciones en muchos ámbitos. Lo que se pone de relieve, acertadamente a nuestro juicio, es tanto su discutible calificación de «contratos» (a menudo, no son sino un reflejo en medios digitales de un contrato celebrado previamente *offline*), como la limitación del supuesto carácter inteligente/*smart* de estas figuras, dado que por lo general no suponen más que ejecuciones automáticas e inflexibles de órdenes programadas en una aplicación informática. En cualquier caso, estos *smart contracts* se rigen por la normativa general de obligaciones y contratos privados, y por la específica de cada modalidad contractual.

38. El segundo apartado de este Capítulo trata la protección del consumidor en el derecho digital, y ha sido redactado por Carmen Pérez Dios. Especial importancia tiene el tratamiento del concepto de «consumidor digital», que supone que todo aquél que actúe en Internet con un propósito ajeno a su actividad profesional o empresarial está protegido como consumidor, aun cuando puedan ser actuaciones dirigidas al mercado. De esta forma, actúan como consumidores los «no profesionales» que juegan póquer *online* «no profesional» regularmente y viven de esa actividad (STJUE 10 diciembre 2020), o utilizan una plataforma que invierte en instrumentos financieros (STJUE 3 octubre 2019), o venden en plataformas digitales bienes usados (STJUE 4 octubre 2018). La protección contractual del consumidor se trata en este apartado y también en el siguiente, relativo al «comercio electrónico», elaborado por Verónica San Julián. Y es que básicamente la regulación del comercio electrónico en la Unión Europea se refiere a la contratación con consumidores, aun-

que ha tenido un efecto reflejo muy relevante en la contratación con todo tipo de sujetos. El apartado sobre comercio electrónico realiza un especial énfasis sobre las Directivas 2019/770 y 2019/771, y su trasposición en nuestro derecho por medio del RDL 7/2021, de 27 de abril. La primera de ellas trata del suministro de contenidos y servicios digitales, y la segunda desarrolla el régimen de la compraventa de bienes físicos, tengan o no componentes digitales accesorios. Especial importancia tiene la regla que considera que estos negocios incluyen el supuesto en que el consumidor no paga un precio, pero sí facilita datos personales «como contraprestación», lo cual introduce indirectamente la admisión de los datos personales como precio o mercancía. Ciertamente no son pocos los casos de contratos de este tipo que se autodenominan «gratuitos», pero en los que el empresario busca obtener datos del cliente, y por eso el legislador se ocupa de ellos, dejando claro además que el tratamiento de esos datos deberá cumplir la normativa de protección de datos personales.

39. El cuarto apartado de este Capítulo versa sobre las actividades financieras y de pago en el marco digital. Ha sido elaborado por María Amparo Salvador (en lo relativo al sistema de pagos digitales) y por Eduardo Valpuesta (el resto de aspectos). Ciertamente la actividad financiera se había digitalizado en muchos aspectos procedimentales ya en el último cuarto del siglo XX, con los sistemas bancarios de saldos digitales y compensación electrónica y los de negociación de valores de interconexión bursátil. Pero las nuevas tecnologías no sólo han mantenido y modernizado estos sistemas, sino que han creado nuevas posibilidades, muestra de lo cual es el *Digital Finance Package* publicado en septiembre de 2020, que propone regulaciones tanto para tecnologías de registro distribuido como para criptoactivos. En la parte de sistemas de pago se exponen tanto los servicios de pago minoristas como los servicios y sistemas de pago al por mayor, además del régimen jurídico básico de los sujetos que realizan estos servicios. El modelo de inclusión financiera y la generalización de la digitalización de los servicios de pago ha hecho surgir, además, la obligación para las entidades bancarias de ofrecer acceso a cuentas de pago a todos los ciudadanos. A continuación se expone el régimen del dinero electrónico, figura introducida por una Directiva de 2009 que ha tenido poca relevancia práctica, y que actualmente quedará desplaza-

da por otros sistemas más desarrollados y útiles. También se tratan los servicios y entidades ofrecidos por otras entidades financieras no autorizadas como bancos y que se ayudan de técnicas digitales, las llamadas *FinTech*, e incluso la actuación de las grandes plataformas de oferta de bienes y servicios como financiadores, el fenómeno denominado *TechFin*. Y se realiza una especial referencia a la implementación de figuras propias de la economía colaborativa mediante plataformas digitales de pago o financiación, como las llamadas *DeFi*, un conjunto variopinto de aplicaciones para dispositivos móviles que permiten operaciones financieras entre particulares utilizando redes *blockchain*.

40. El concepto y régimen de los criptoactivos supone una parte importante de este capítulo, unos elementos de perfiles borrosos en auge pese a la absoluta falta de seguridad jurídica que les caracteriza actualmente. Este apartado parte de la división entre criptoactivos de pago, de servicios y de inversión, y desarrolla especialmente lo relativo a las criptomonedas, tanto las originales (que no tienen respaldo alguno del emisor) como las figuras más modernas de las *stable coins* y de las inminentes «divisas digitales». La propuesta de regulación comunitaria MiCA, presentada en septiembre de 2020, supone un intento ambicioso de regulación, si bien no queda claro cuál puede ser su eficacia real, que depende además de posibles modificaciones en su tramitación. Se estudian también las emisiones de estos criptoactivos por medio de las llamadas ICOs o STOs (*Initial Coin Offerings* o *Securities Token Offerings*), que tienen un claro paralelismo con la mecánica de la emisión de valores, régimen que además puede que sea aplicable según el tipo de criptoactivo que se emita. Se finaliza con un desarrollo del régimen fiscal de los criptoactivos, dado que aun a falta de normativa jurídico-privada, lo que sí existen son criterios legales y administrativos en cuanto a su tributación.

41. El quinto apartado del Capítulo se refiere a la digitalización de otras áreas contractuales en ámbitos ajenos a la financiación y pago. En materia societaria, en primer lugar, no sólo se han digitalizado los procesos (de constitución o de desarrollo de la actividad de los órganos sociales), sino también la dinámica societaria en sí misma, a través de las llamadas *Decentralised Autonomous Organisations* (DAO). Este aspecto lo trata Patrick O'Malley, que expone este sistema de instrumen-

tación de todas las relaciones intrasocietarias a través de *smart contracts*. Aunque la primera DAO sufrió un traspie importante cuando uno de los integrantes se apoderó de la tercera parte de los fondos, el modelo como tal se ha seguido aplicando. Continúa una breve referencia al uso de plataformas en la negociación privada, a cargo de Eduardo Valpuesta, que desarrolla cómo las plataformas pueden actuar como meros intermediarios o como prestadores de un servicio principal, ejemplificándolo con los casos judiciales de *Über* (prestación de servicios de transporte, por condicionar fuertemente la actuación de los transportistas) y *Airbnb* (prestación de servicios intermediarios, por no interferir la libertad de organización de los anunciantes). Una tercera parte, también redactada por Eduardo Valpuesta, trata diversos supuestos de prestaciones contractuales que se ofertan por medios digitales, como el asesoramiento (*advising*), el alquiler de vehículos por tiempos reducidos (*car-sharing*) o la distribución de bienes sin necesidad de constar con un almacenamiento previo de los mismos (*dropshipping*). El mismo autor se encarga de la siguiente parte, referida al transporte, en la que se expone la electrificación de la documentación del transporte, y la existencia de redes *blockchain* que facilitan diversos aspectos de la contratación marítima: mejorar la eficiencia portuaria, operar la intermediación entre los operadores del transporte, monitorizar la situación y estado de la mercancía o programar el cumplimiento automático de ciertas prestaciones objetivables. La exposición continúa con las diversas aplicaciones de técnicas digitales al seguro (el llamado *InsurTech*), expuesta por Joseba Fernández Gaztea y Eduardo Valpuesta. En este ámbito han surgido nuevas plataformas que operan la contratación o el seguimiento del seguro, e incluso se han creado nuevas formas contractuales aseguradoras (seguros «a la carta» y «por diseño», para tiempos o riesgos muy concretos; bonificaciones según la forma de conducción en los seguros de vehículos; asistencia médica mediante *chatbots*, etc.). Los autores desarrollan también cómo ha incidido la tecnología en la ordenación y supervisión administrativa de los nuevos sujetos (comparadores de seguros, neoaseguradoras, plataformas de *crowdinsurance*, etc.). Por último, estos mismos autores desarrollan diversas aplicaciones digitales en materia de uso de energía, que van desde la creación de plataformas que actúan como *marketplaces* para la comercialización de energía, pasando por la facilitación de

la *eMobility* o la *tokenización* para la financiación de proyectos de energía renovable, hasta la instauración de redes *blockchain* para la negociación de energía *peer-to-peer*. La tecnología digital puede utilizarse, además, para lograr la trazabilidad de la energía renovable, o crear redes de autoconsumo colaborativo.

42. La última parte de este Capítulo se refiere a la incidencia de la digitalización en las relaciones laborales. Ciertamente la tecnología también ha tenido incidencia en este ámbito, tanto al automatizar ciertos trabajos, cuanto al introducir nuevas tecnologías que varían la forma de prestación de las obligaciones laborales. Esta colaboración ha sido elaborada por Inmaculada Baviera, que divide su exposición con base en los marcos jurídicos comunitario y español. En cuanto al primero expone las consideraciones realizadas sobre la aplicación de inteligencia artificial en el trabajo, la necesidad de competencias digitales en los trabajadores, la protección de datos personales, la regulación del teletrabajo y el derecho a la desconexión digital, y la mejora de las condiciones laborales de quienes trabajan para plataformas sociales. En cuanto al marco jurídico español, la autora se centra en varios aspectos concretos, de entre los que destacan la protección de la privacidad y la intimidad en el puesto de trabajo, la calificación jurídica de los *riders* (con el reflejo de los criterios recogidos en la nueva disposición adicional 23ª ET, introducida por la Ley 12/2021), y el derecho a la desconexión fuera del horario de trabajo.

43. Cierra esta parte tercera del Tratado un último Capítulo relativo a la cibercriminalidad, que constituye también una manifestación de cómo las técnicas digitales crean nuevas figuras de participación delictiva e incluso nuevos delitos. El estudio de esta materia se divide en tres partes. La primera de ellas, a cargo de Elena Íñigo, trata de los delitos informáticos, y pone de relieve cómo las nuevas tecnologías crean formas distintas de cometer hechos delictivos «clásicos», y también generan nuevos tipos delictivos que no podían ser imaginados por el legislador de hace unos años. La autora distingue los delitos que tienen por objeto bienes informáticos (como los daños y sabotajes a equipos informáticos, o el uso no autorizado de terminales de telecomunicación ajenos) de los delitos que utilizan la informática como medio de comisión (delitos por medios informáticos, que

incluyen tipos de delincuencia económica, o de delincuencia sexual –como el *sexting* o el *cyber-bulling*–), y realiza también una referencia al terrorismo practicado en el ciberespacio. Una segunda parte se refiere a la nueva caracterización de la responsabilidad en los delitos cometidos en contextos digitales, y ha sido redactada por Pablo Sánchez-Ostiz. Se trata de aplicar las estructuras lógicas clásicas de la imputación, pero teniendo en cuenta las especialidades que introduce la comisión sobre bienes informáticos o por medios informáticos. Se expone así la determinación de la responsabilidad (persona física que comete el acto delictivo, posibles personas físicas que colaboran para esa comisión, y posible responsabilidad de personas jurídicas en ciertos supuestos) y las consecuencias sancionatorias especiales (como la clausura, destrucción o incautación de los productos informáticos que sean objeto o instrumento del delito). Por último, se trata de la aplicación de técnicas de *big data* e inteligencia artificial en la comisión y prevención de delitos, colaboración que ha sido elaborada por Mario Pereira. Se parte de que actualmente la inteligencia artificial se halla en un estudio muy prematuro de desarrollo, y no sustituye por ahora a la decisión y programación humana. El trabajo expone consideraciones sobre posibles usos de inteligencia artificial para la comisión de delitos, pero también para su investigación. Y finalmente introduce el peligroso tema de la «predictibilidad delictiva», que no solamente puede indicar un «mapa de riesgos», sino incluso asignar el carácter de futuro delincuente a ciertos sujetos. De forma totalmente acertada, el autor desconfía de esa aplicación tecnológica por el manifiesto riesgo de incurrir en tratos discriminatorios y en valoraciones infundadas.

6. Competencia y propiedad intelectual en la sociedad digital

44. La última parte de este *Tratado* trata conjuntamente cómo la sociedad y la economía digitales han supuesto una nueva realidad y planteamiento para la competencia y la propiedad intelectual e industrial. En particular, el «efecto de red» crea un nuevo escenario dentro de la competencia entre las empresas que operan en el mercado digital y de las telecomunicaciones; la operativa por internet origina nuevas formas desleales de competencia; y las nuevas tecnologías cambian por completo la

forma en que se puedan reflejar y comercializar las creaciones intelectuales e industriales. Por eso tiene sentido efectuar un repaso general a cómo quedan afectados estos sectores en la economía digital. Esta parte se desarrolla en cuatro capítulos.

45. Se trata en primer lugar cómo opera la defensa de la competencia en los mercados digitales. Este Capítulo ha sido redactado por Carolina Fernández Bustillo, quien parte poniendo de manifiesto la enorme concentración dentro de los mercados digitales, dominados por unas pocas empresas que crean además una situación de «ecosistemas de productos y aplicaciones interoperables» que atrapa al usuario. Esto ha hecho, se continúa razonando, que se cuestione si la competencia debe seguir protegiendo, como se defendía hasta ahora, el interés del consumidor, o debe cambiarse de paradigma para proteger el proceso competitivo y la competencia efectiva en su totalidad, impidiendo la concentración y que valores adicionales como la pluralidad de la oferta, la sostenibilidad, la justicia social o la inclusión sean igualmente defendidos. Se expone igualmente la discusión acerca de cómo determinar el «mercado relevante» en el caso de plataformas que conectan usuarios de varios lados, de forma que podría considerarse a cada uno de los lados como mercado relevante separado (posición de la Unión Europea) o un único mercado de dos lados (posición del TS estadounidense). El Capítulo expone los diferentes supuestos que se han tratado hasta ahora en la jurisprudencia y práctica comunitaria y estadounidense como acuerdos colusorios, abuso de dominio, y autorización de concentraciones, resaltando aspectos tales como la concertación en el uso de algoritmos, la concertación a través de facilitadores (*hub&spoke*), la restricción de ventas pasivas y el geobloqueo, las prohibiciones de venta a través de canales *online*, o las cláusulas de paridad.

46. El segundo Capítulo de esta parte se dedica a la competencia desleal en la sociedad digital, elaborado por Estibaliz Peinado y Borja Sainz de Aja. Tras una exposición general acerca del bien protegido en esta materia –la competencia por eficiencia o competencia por las prestaciones–, se pone de manifiesto la estructura de la Ley, que fija una cláusula general de ilicitud (conductas contrarias a la buena fe objetiva) y luego supuestos concretos de conductas desleales, y por último una «lista negra» de actuaciones desleales con con-

sumidores. A partir de ahí se exponen supuestos concretos de conductas que se han considerados ilícitas dentro de los mercados digitales tanto por infracción de cada una de las reglas de supuestos concretos (actos de engaño, actos de confusión, prácticas agresivas, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la violación contractual, violación de normas, y discriminación y dependencia económica) como de la cláusula general. Se estudian así supuestos específicos que se producen en estos mercados, como la interacción falseada (*fake engagement*), el *framing*, el empleo de signos distintivos ajenos como *adwords* y el uso indebido de *metatags*, el *cybersquatting*, el *cracking* o el *screen scraping*.

47. El tercer Capítulo de esta parte, redactado por Rafael Sánchez Aristi, se dedica a cómo queda afectada la propiedad intelectual por las nuevas tecnologías digitales. Parte este autor de que la posibilidad de convertir cualquier obra intelectual en información susceptible de ser expresada en código binario, ha permitido almacenarla, procesarla y transmitirla por redes digitales, cambiando por completo las formas de operar clásicas. Surgen, así, desde nuevos objetos de protección (como los programas de ordenador, o las bases de datos electrónicas) hasta nuevos formatos de producción y consumo y nuevas formas de realizar los actos de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación. La normativa ha ido intentando acomodarse a los cambios, siendo la última aportación en el ámbito comunitario la realizada por la Directiva 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, que busca un equilibrio entre los intereses de los creadores y de los usuarios. El Capítulo presta especial atención a los límites o excepciones que amparan la posibilidad de realizar determinadas utilidades de una obra o prestación protegida sin necesidad de contar con el permiso del titular de los derechos, y cómo se han adaptado al espacio digital. De acuerdo con ello, se realiza un detallado estudio del régimen de compensación equitativa por copia privada, de la minería de textos y datos, de la ilustración de la enseñanza en un entorno digital transfronterizo, del uso de obras huérfanas y fuera del circuito comercial, y de la agregación de contenidos en línea. Se finaliza con una exposición acerca de cómo se han adaptado los medios de tutela al entorno digital en los ámbitos civil, penal y administrativo.

48. El último Capítulo de esta parte, y de la obra, trata de la propiedad industrial y el derecho digital. Ha sido elaborado por Ingrid Pi i Amorós, Borja Sainz de Aja y Álvaro Seijo Bar. Como ocurre con la propiedad intelectual, también los diversos derechos de exclusiva que en España agrupamos bajo la denominación «propiedad industrial» han sido afectados por las nuevas técnicas de difusión de información y de comercialización que permite Internet. En la parte relativa a los signos distintivos, se realiza primero una exposición general del concepto y régimen de marcas y nombres de dominio, para luego exponer una serie de «grupos de casos» de utilización de marcas en el entorno digital, que pueden ser lícitos en función del cumplimiento de una serie de requisitos. Se trata así el uso de marcas como nombres de dominio, la reproducción de marcas en el entorno digital, el uso de marcas en buscadores, o la problemática del agotamiento del derecho de marca en el ámbito del comercio electrónico. En cuanto a las invenciones de uso industrial, se expone el régimen general del concepto y contenido del derecho de patentes, con especiales referencias a cuestiones específicas digitales, como la patentabilidad de los programas de ordenador que incorporen un efecto técnico más allá de la mera ejecución del programa en la máquina, o las invenciones implementadas mediante programas de ordenador relativas a la inteligencia artificial.

7. Recapitulación

49. En definitiva, nos hallamos ante una obra muy completa y detallada, que intenta abarcar todas las facetas de cómo afecta la sociedad digital al ámbito del derecho bajo un orden sistemático adecuado. El partir de los datos digitales como elemento que da sentido a la regulación constituye un buen punto de partida, ya que todo lo expuesto se refiere a conversión de datos no digitales en digitales y a su uso posterior. Y esa digitalización añade un nuevo medio de expresión y una nueva forma de comunicación y de uso.

50. Contemplamos hoy con enorme tristeza cómo ha cambiado el tipo de sociedad basada en relaciones personales «presenciales» a una nueva forma de comunicación mediante técnicas digitales que invade tanto los ámbitos personales como comerciales. Nos guste o no, esta nueva realidad

se ha implantado, y mientras siga imperando hay que entender cómo adecuar nuestra normativa a estas nuevas maneras de relación. El enorme número de normas hoy en preparación, tanto en la Unión Europea como en otros ámbitos, se encuentra además ante el reto de no suponer un fre-

no a la buena innovación, pero aplicar los límites jurídicos y éticos que son absolutamente necesarios. Esta obra puede servir como un marco general que ayude a comprender mejor este sector del derecho y el conjunto de principios que deben vertebrarlo.

N. C. RODRIGUES (Editor). *Extraterritoriality of EU Economic Law: The Application of EU Economic Law Outside the Territory of the EU*. Cham, Switzerland, Springer, 2021, 385 pp. ISBN 978-3-030-82290-3

NICOLE RINALDI DE BARCELLOS

Professor of International Law

Faculdades Integradas São Judas Tadeu and Faculdade Verbo, Brazil

PhD in International Law, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brazil

DOI: 10.20318/CDT.2022.7261

1. As one of the outcomes of the Jean Monnet Chair granted by the European Commission to the Professor Nuno Cunha Rodrigues, of the University of Lisbon, the book “Extraterritoriality of EU Economic Law: The Application of EU Economic Law Outside the Territory of the EU” presents itself as a reference work in the study of European Union law. This collective work was published in 2021 and debated in May, 2022 in a Conference held in the Auditorium of the Faculty of Law of the University of Lisbon, and stands out for gathering together different perspectives on EU economic law, masterfully organized by Professor Nuno Cunha Rodrigues.

The authors present a meaningful contribution to understanding the complex and frequently misinterpreted phenomenon of extraterritoriality of economic law, as an exception to the principle of territoriality. Indeed, the expansion of the territory of European Union economic law, grounded on the recognition of new elements of connection, is in constant evolution, which needs to be addressed by serious academic debates such as the present. Having in its genesis questions such as how European Union economic law is perceived and applied outside the territory of the EU and which is the possible global reach of EU law, the work has undoubtedly gone further. It provides a broad understanding of European Union law. But, before diving into the book, readers should be warned: the work embraces sea of boisterous fresh ideas that, while challenging and complex, enrich the debates on extraterritoriality of EU economic law.

2. The book comprises 17 articles written by distinguished experts from all over the world.

It is divided into five parts, which approach the extraterritoriality of economic law from various angles, such as European Union competition law (Part 1), foreign investment and internal market (Part 2), European Union consumer law (Part 3), European Union environmental law (Part 4) and data protection (Part 5). Readers are introduced to the theme by a consistent chapter by Professor Nuno Cunha Rodrigues that scrutinizes the book from a global point of view. The analyses presented in these articles take into consideration that regional and international legal debates must have concreteness and that the legal system of the European Union is not abstract. Therefore, theoretical approaches are combined with jurisprudential and practical debates.

3. This study of the expansion of EU economic law beyond its territory begins with competition law. EU is a key global player in this area, and it provides reasoned applications to exceptions to the principle of territoriality and takes part in international cooperation. Therefore, Part 1 is opened with an article by Peter Behrens, which explains the development of the effects doctrine in the United States of America and in the European Union, starting from a historical perspective, providing a discussion on jurisdictional principles that define the limits of European Union extraterritorial jurisdiction and on case law on the subject. In sequence, Marek Martyniszyn presents a study that provides a critical account of the extraterritorial application of competition law by the European Union, stating that European Union embraced extraterritoriality out of necessity, considering the difficulties in multilateral solutions

and the limitations of the available cooperative instruments.

Masako Wakui, in sequence, addresses extraterritoriality in Japanese competition law, considering that the Japanese Antimonopoly Act (1947) contains no explicit provision for extraterritorial application and the Japan Fair Trade Commission has been cautious about applying the law to actions taken abroad. Then, in a case-law study, Ignacio Herrera Anchustegui and Nuno Cunha Rodrigues, demonstrate the extraterritorial effects of EU law. By analyzing Gazprom and Nord Stream 2 cases, the authors conclude that even though European Union follows the territoriality principle, it pursues to ensure that, when conducting business within its border, third countries respect EU law, in a territorial extension of EU law.

Pieter J. F. Huizing, in his turn, analyzes the extraterritoriality of European Union competition law in the light of global cartel enforcement. Jurisdictional and theoretical approaches are combined, especially the trend of expanding the European Commission's jurisdictional reach over foreign conduct. Pedro Caro de Souza reviews how jurisdictional rules, international comity and international practice interact in practice in the context of European Union competition law, arguing that the extraterritorial application of competition law should be approached through the application of the overlapping doctrines of the jurisdictional scope of competition law, international comity, and international cooperation. In the last contribution in this section, Daniel Favoretto Rocha explores the effects of European extraterritoriality of competition law in Brazil, in the light of the European Union's growing regulatory power.

Part 2 addresses foreign investment and internal market in the light of European Union extraterritoriality. In the first chapter of the section, Francis Snyder analyses relations between the European Union and China in the context of China's Belt and Road Initiative (BRI), arguing in favor of regulatory cooperation and the use of international standards. Then, Nuno Cunha Rodrigues analyses European Union legal treatment of foreign subsidies, concluding that European Union is gradually becoming more equipped with legal instruments that accept the effects theory. In sequence, Eva Kassoti and Ramses A. Wessel address the issue on whether EU is bound by human rights obligations when it concludes trade agreements with third countries, investigating the ques-

tion of the extraterritorial applicability of the European Union Charter of Fundamental Rights and the existence of a due diligence obligation. Johan Schweigl dedicates his chapter to the analyses of extraterritoriality in the EU legal framework concerning regulation of financial markets, systemizing these laws according to the nature of the extraterritorial effects they have. Closing this part, Claas Friedrich Germelmann approaches the investment protection in the field of energy law based on the reform of the Energy Charter Treaty.

Parts 3 and 4 approach extraterritorial effects of EU consumer law and environmental law, respectively. First, Oksana Holovko-Havrysheva analyses consumer law in Georgia, Moldova and Ukraine, demonstrating that the countries have to develop their national consumer protection policies coherently with their economic policies. Then, Jamile Bergamaschine Mata Diz and Hélio Eduardo de Paiva Araújo address the issue of extraterritorial effect of European Union criteria to allow access into the European market by log producers and/or traders, based on European regulations aiming to fight deforestation. Lastly, Carlos Francisco Molina del Pozo analyzes the contributions of the Seventh Framework Programme of the European Union on Environmental Matters, which determined short-term objectives to be promoted through practical execution of public policies.

Data protection is the main theme of section 5. The first chapter, by Augusto Jaeger Junior and Daniela Copetti Cravo, addresses extraterritoriality of the right to data portability and cross-border flow between the EU and Brazil, arguing that extraterritorial application of data portability creates a new right/duty in third countries and the international transference of data. In the second chapter Alexandre Veronese looks at personal data and transborder flows between the EU and the US, approaching the attempts to make the national personal data protection systems compatible, and foreseeing future reinforced convergence.

4. This book is a complex and extensive endeavor, which must be carefully studied so that details and specificities of each theme are not overlooked. And, despite being written by several authors, it shows consistent clarity and cohesion throughout the whole series of articles. It proposes a series of interesting EU Economic Law debates for both researchers and law enforcers, providing

an account of the evolution, formation, function, and application of extraterritoriality of law, based on comprehensive analysis.

As the Portuguese writer José Saramago once said, chaos is an order to be deciphered (“O Caos é uma ordem a ser decifrada”). This work organized by Nuno Cunha Rodrigues, Jean Monnet Chair, definitely moves towards promoting order over chaos, deciphering one of the most complex aspects of EU economic law: its extraterritoriality, or the application of EU economic law outside the territory of the EU.

5. On May 12th and 13th, 2022, university authorities, government authorities, researchers, students, assistants interested in the theme and, especially, several authors of the book, responded to the invitation of the Jean Monnet Chair of the University of Lisbon for an in-person conference, with free registration and online transmission, held in the Auditorium of the Faculty of Law. A report by Professor Augusto Jaeger Junior, who participated in the event is presented below.

The Opening Session, which took place on the morning of the first day of the event, was attended by professors Paula Vaz Freire, Dean of the Faculty of Law of the University of Lisbon (FDUL), Tiago Antunes, Secretary of State of European Affairs, Eduardo Paz Ferreira, President of the European Institute of FDUL, Ana Paula Dourado, President of the Research Center for European, Economic, Financial and Tax Law, and Nuno Cunha Rodrigues. Soon after, the first panel on the subject of extraterritoriality of competition law took place, in which professors Peter Behrens, from the University of Hamburg, Marek

Martyniszyn, from Queen’s University Belfast, Pieter Huizing, from Leiden University, and Pedro Caro de Souza, from the OECD, lectured on the arguments developed in their articles. The lectures were followed by a fruitful debate among those present at the event. During the afternoon, a discussion on extraterritoriality and foreign investment was held, where Francis Snyder, from the University of Aix-Marseille, Elaine Fahey, from the University of London, and Nuno Cunha Rodrigues, from the University of Lisbon, presented their research. Again, fruitful discussions took place. In the evening, the participants of the event met for a fellowship dinner at Clube de Fado, in Lisbon.

On the morning of the second day of the event, professor Lukasz Dabrowski, from the Warsaw School of Economics, and the doctoral student Daniel Favoretto Rocha, from the Law School of the Fundação Getúlio Vargas, presented their articles. In the afternoon, the event was concluded with lectures by professors Carlos Francisco Molina del Pozo, from the University of Alcalá, Jamile Bergamaschine Mata Diz, from the Federal University of Minas Gerais, Augusto Jaeger Junior, from the Federal University of Rio Grande do Sul, and Alexandre Veronese, from the University of Brasilia. This session was also accompanied by a productive debate among those present at the event. In the evening, the event’s speakers gathered for a social event at Doca de Santo Amaro, in Lisbon. Finally, as the in-person event finished on a high-note, on the morning of 14th May, Professor Nuno Cunha Rodrigues invited all to participate in a wonderful tour around Lisbon and the city’s must-see places.

Normas de publicación

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (isabel.anton@uc3m.es) hasta el 15 de diciembre para el número de marzo y hasta el 15 de junio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).